

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**

---

Año LXXXV • Julio-Agosto 2009 • Núm. 714

---

REVISTA BIMESTRAL

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

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62  
revista.critica@corpme.es

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España

I.S.S.N.: 0210-0444

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

Depósito legal: M. 968-1958

Marca Comunitaria N.º 3.623.857

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.

Leganitos, 24

28013 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

### **Presidente**

**Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

### **Comisión ejecutiva**

**Don Eugenio Rodríguez Cepeda**  
Decano del Colegio de Registradores  
de la Propiedad y Mercantiles de España

**Don Juan José Pretel Serrano**  
Director del Servicio de Estudios  
del Colegio de Registradores de la  
Propiedad y Mercantiles de España

**Don Francisco Javier Gómez Gállego**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGRN

**Don Juan María Díaz Fraile**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGRN

### **Consejero-Secretario**

**Don Francisco Javier Gómez Gállego**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGRN

## Consejeros

**Don Eugenio Rodríguez Cepeda**  
Decano del Colegio de Registradores  
de la Propiedad y Mercantiles de España

**Don Antonio Pau Pedrón**  
Ex Decano del CRPME  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Juan Vallet de Goytisoló**  
Notario

**Don Eugenio Fernández Cabaleiro**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don José Antonio Nortes Triviño**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don José Manuel García García**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don José Luis Laso Martínez**  
Abogado

**Don Juan Sarmiento Ramos**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Carlos Lasarte Álvarez**  
Catedrático de Derecho Civil  
UNED Madrid

**Don Ángel Rojo Fernández-Río**  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Don Fernando Curiel Lorente**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Juan María Díaz Fraile**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil adscrito a la DGRN

**Don Celestino Pardo Núñez**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Fernando Pedro Méndez González**  
Ex Decano del CRPME  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don José Poveda Díaz**  
Ex Decano del CRPME  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGRN

**Don Aurelio Menéndez Menéndez**  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Don Fernando Muñoz Cariñanos**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Juan Pablo Ruano Borrella**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Joaquín Rams Albesa**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Complutense de Madrid

**Don Luis M.ª Cabello de los Cobos  
y Mancha**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Antonio Manuel  
Morales Moreno**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Don Juan Luis Iglesias Prada**  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Don Francisco Javier  
Gómez Gállego**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil adscrito a la DGRN

**Don Vicente Domínguez Calatayud**  
Registrador de la Propiedad  
y Mercantil

**Don Juan José Pretel Serrano**  
Director del Servicio  
de Estudios del Colegio  
de Registradores de la Propiedad  
y Mercantiles de España

## Comité editorial

**Don Antonio Manuel Morales Moreno**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Don Fernando Pantaleón Prieto**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Don Vicente Guilarte Gutiérrez**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Valladolid

# S U M A R I O

Págs.

## ESTUDIOS

- «Los derechos reales administrativos: fundamentos para una categoría», por GABRIEL DE REINA TARTIÈRE ..... 1669
- «Complejos Turísticos en Canarias y el Registro de la Propiedad», por DIEGO HERMOSO MESA ..... 1715
- «Evolución histórica y normativa estatal actual sobre aguas subterráneas», por JOSÉ MOREU BALLONGA ..... 1769

## DICTÁMENES Y NOTAS

- «Apuntes sobre algunas cuestiones acerca de la revisión judicial de la calificación registral», por EDUARDO BAENA RUIZ ..... 1901
- «Registro de la Propiedad y Ministerio Fiscal», por JOSÉ ANTONIO MARTÍN-CARO SÁNCHEZ ..... 1925
- «Algunos de los problemas que pueden aparecer a la hora de partir una herencia. Especial consideración jurisprudencial», por MARÍA EUGENIA SERRANO CHAMORRO ..... 1959
- «Las trabas de la LOE para liquidar una promotora», por ALBERT TORRA I JUANOLA ..... 2003

## DERECHO COMPARADO

- «La *potestà genitoriale* en el Derecho Civil italiano», por JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ ..... 2015
- «El valor jurídico del silencio», por IVÁN ESCOBAR FORNOS ..... 2037
- «El Registrador Público en el Sistema Registral Peruano», por GILBERTO MENDOZA DEL MAESTRO ..... 2099

**RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL**Resoluciones publicadas en el *BOE*, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 2155**ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA****1. DERECHO CIVIL****1.1. Parte general:**

- La presentación de una denuncia del Notario ante la DGRN no constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor del Registrador, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE ..... 2173

**1.2. Derecho de familia:**

- Atribución al padre de la guarda y custodia de un menor tras el fracaso del reinicio de la relación con su hijo a través de un régimen de visitas, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE ..... 2180

**1.3. Derechos reales:**

- El alcance de las acciones de reintegración a hipotecas constituidas con anterioridad al concurso, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA ..... 2183

**1.4. Sucesiones:**

- Las deudas contraídas por el causante en su ejercicio profesional han de incluirse en el pasivo de la herencia. Exigibilidad de los intereses moratorios en relación con el valor de la legítima, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL ..... 2193

**1.5. Obligaciones y contratos:**

- Por imposibilidad de la prestación o pérdida de la cosa objeto de la misma, o bien de varias de las prestaciones, se produce en el primer caso, la concentración, y en el segundo, la extinción de la obligación, por ISABEL MORATILLA GALÁN ..... 2196
- La capacidad de las partes contratantes en la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre de 2005, por ROSANA PÉREZ GURREA ..... 2199

1.6. Responsabilidad civil:

- La responsabilidad de los periodistas en el llamado reportaje neutral y de investigación, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ ..... 2204

2. MERCANTIL

- El régimen de la compraventa de acciones de la sociedad en formación en la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de febrero de 2009, por FRANCISCO REDONDO TRIGO ..... 2214

3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.

- El silencio positivo *contra legem* tras la Ley 4/1999, de 13 de enero. Una solución legal frustrada por el Tribunal Supremo, por VICENTE LASO BAEZA ..... 2222

**ACTUALIDAD JURÍDICA**

- Información legislativa y de actividades ..... 2233

**INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA**

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «Diritto costituzionale comparato», de VV.AA., por GABRIEL GARCÍA CANTERO ..... 2261
- «Le Droit africain. Anthropologie et Droit positif», de RODOLFO SACCO, por GABRIEL GARCÍA CANTERO ..... 2262

- REVISTA DE REVISTAS** ..... 2277



# ESTUDIOS



# Los derechos reales administrativos: fundamentos para una categoría

por

GABRIEL DE REINA TARTIÈRE

*Doctor por la Universidad de Oviedo*

*Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica Argentina*

## SUMARIO

- I. LA ACTUALIDAD DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS ANTE LAS NECESIDADES DE FINANCIACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.
- II. EL ORIGEN DE LA TEORÍA ACERCA DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS:
  - A) LA FORMULACIÓN INICIAL POR PARTE DE HAURIUO.
  - B) EL INSTITUCIONALISMO COMO CATALIZADOR DE LA TEORÍA.
  - C) LA CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA DE RIGAUD.
  - D) LAS CRÍTICAS INMEDIATAS.
- III. REFUTACIÓN DE LAS PRINCIPALES OBJECIONES A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS A LA LUZ DE NUESTROS DÍAS:
  - A) LA INALIENABILIDAD DEL DOMINIO PÚBLICO.
  - B) LA REVOCABILIDAD O PRECARIEDAD DEL USO DIFERENCIAL SOBRE BIENES PÚBLICOS.
  - C) LA ALEGADA VIGENCIA DEL *NUMERUS CLAUSUS* EN LA ESFERA PÚBLICA.
- IV. AFECTACIÓN, DEMANIALIDAD Y DERECHOS REALES:
  - A) INMEDIACIÓN Y ABSOLUTIVIDAD, SUSTRATO DEL DERECHO REAL.
  - B) LA MEDIATIZACIÓN DE LA FÓRMULA REAL POR EL INSTITUTO EstrictAMENTE PÚBLICO DE LA AFECTACIÓN.
  - C) LA SUSTANTIVIDAD DE LA AFECTACIÓN COMO SITUACIÓN JURÍDICO-REAL AUTÓNOMA.
- V. ÁMBITO FUNCIONAL DE LA CATEGORÍA:
  - A) EL ELEMENTO TELEOLÓGICO COMO PIEDRA DE TOQUE.

B) CLASIFICACIÓN:

1. *Dominio.*
2. *Derechos de goce.*
3. *Derechos de garantía.*
4. *Derechos de adquisición.*

I. LA ACTUALIDAD DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS ANTE LAS NECESIDADES DE FINANCIACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el estudio de la fórmula que representa el derecho real, una de las tendencias de los últimos años ha pasado por la recurrente apelación que a ella viene realizándose en sede administrativa. Ya no es que se tolere la comunicación de la noción al ámbito público, con salvedad de las potestades que hacen a la Administración y los recaudos típicos del dominio público; antes bien, lo que ahora se propone, con incipiente recepción legislativa, es favorecer a los concesionarios, principalmente, de obras públicas, otorgándoles un estatuto de seguridad mejorado.

Con tal objetivo, en Francia, la Ley 94/631, de 25 de julio, habría de agregar al Código del Dominio del Estado toda una sección atinente a las ocupaciones de bienes demaniales, articulado por el que, en primer lugar, se presume constituido un derecho real a favor del concesionario si es que otra cosa no se dispone. El derecho real, que por expresa previsión legal confiere a su titular las «prerrogativas y obligaciones del propietario», está limitado al tiempo fijado en la concesión, el cual, con todo, no podrá exceder de los setenta años, estando facultado el concesionario a cederlo, transmitirlo o gravarlo. Particularmente importante en este punto es la posibilidad de hipotecarlo, hipoteca que sólo podrá servir para el aseguramiento de los créditos que se contraigan para financiar la realización, modificación o extensión de las obras correspondientes; si la garantía hubiera de realizarse, si procediera la ejecución de la concesión por incumplimiento de las obligaciones a cargo del titular con respecto a su acreedor, no sería el bien público el que se rematará, sino el derecho real que sobre él recayera, con extensión, eso sí, a las obras, construcciones e instalaciones que se hubieran incorporado, situación por la que, todo lo más, se llegaría a la sustitución en la persona del concesionario.

Con respecto a nuestro ordenamiento, la cuestión derivó en la promulgación, como sabemos, de dos leyes: la 13/2003, sobre el Contrato de Concesión de Obras Públicas, y la 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (estatal, autonómica, local; entidades de Derecho público). Ambas disposiciones se hallan inspiradas en el precedente galo, con miras a hacer más atractiva la institución concesional para el capital privado. Entre sus

objetivos, la primera propende a evitar la congelación de la inversión a realizar por los empresarios, tanto como a posibilitar, desde el justo momento en que se perfeccione el contrato, la inserción de la concesión, del derecho real a su través creado, en el tráfico mercantil, pudiendo cederse o hipotecarse. Más explícitamente, los artículos 97 y 98 de la Ley 33/2003 habrían otorgado carta de plena naturaleza a los derechos reales sobre las obras, construcciones e instalaciones ubicadas en el dominio público, siguiendo, *grosso modo*, la regulación francesa (1).

La incursión legislativa bastaría, por tanto, para acreditar la oportunidad del tema escogido. Pero la tarea no debe restringirse al coyuntural, siquiera particular, problema atinente a la financiación de infraestructuras. Es más, difícilmente podrá resolverse el asunto si no se avanza primero sobre las circunstancias más generales que atañen a los derechos reales administrativos, explicando, en primer lugar, el origen doctrinal de la figura (2). Retro-

(1) Por su interés, se transcriben, desde ya, ambos preceptos:

Artículo 97. *Derechos reales sobre obras de dominio público*. 1. El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión. 2. Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta ley, los derechos y obligaciones del propietario.

Artículo 98. *Transmisión de derechos reales*. 1. Los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario, a que se refiere el artículo precedente, sólo pueden ser cedidos o transmitidos mediante negocios jurídicos entre vivos o por causa de muerte o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades, por el plazo de duración de la concesión, a personas que cuenten con la previa conformidad de la autoridad competente para otorgar la concesión. 2. Los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones sólo podrán ser hipotecados como garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones e instalaciones de carácter fijo situadas sobre la dependencia demanial ocupada. En todo caso, para constituir la hipoteca será necesaria la previa autorización de la autoridad competente para el otorgamiento de la concesión. Si en la escritura de constitución de la hipoteca no constase esta autorización, el registrador de la propiedad denegará la inscripción. Las hipotecas constituidas sobre dichos bienes y derechos se extinguen con la extinción del plazo de la concesión.

(2) A modo de selección, como referentes anteriores al dictado de la nueva regulación sobre los bienes de las Administraciones Públicas, cabe citar la tesis de ÁLCALA ZAMORA sobre la condición real del derecho derivado de una concesión del dominio público (cfr. *La concesión como contrato y como derecho real*, Madrid, imprenta de Julián Espinosa, 1918); el estudio monográfico de GÓNZALEZ PÉREZ sobre *Los derechos reales administrativos* (publicado primero en esta *Revista*, en su núm. 346-347 de marzo-abril de 1957, editado como facsímil por Civitas en 1975, y que aquí se citará en su edición de 1989); la somera indicación a la noción en los *Apuntes* de la Cátedra de GARCÍA DE ENTERRÍA en la Universidad Complutense, donde se incluye el estudio del dominio público dentro del epígrafe más general sobre los derechos reales administrativos, en la consideración de que no habría de restringirse el concepto al uso por los particulares de los bienes del dominio público, ofreciendo la teoría del dominio público muchos más supuestos; y el *Tratado* de GARRIDO FALLA en la parte pertinente (confrontado, para este trabajo, en su tomo II, Madrid, Tecnos, 1987, pág. 339 y sigs.).

traernos al momento de su gestación teórica, a comienzos del siglo pasado, nos servirá para calcular el grado de compatibilidad del derecho real, tal y como se lo conoce en sede civil, con la inalienabilidad característica del dominio público; en otras palabras, para saber si el derecho real pretendido puede entrañar una suerte de desmembración de éste, por tradición, prohibida. Vinculado irremediabilmente con ello, corresponderá despacharse sobre el problema clásico de calificación en torno al dominio público, así como a la titularidad que trae aparejada, aspecto que suele resolverse en contra de su consideración como propiedad, al menos en el ordinario sentido de ésta, por lo que, con mayor razón, tampoco habría de considerarse derecho real alguno.

## II. EL ORIGEN DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS

### A) LA FORMULACIÓN INICIAL POR PARTE DE HAURIUO

La noción de derecho real administrativo se bendice a partir de la nota de HAURIUO al *arrêt* del Consejo de Estado, de fecha 25 de mayo de 1906, *in re* «Ministro de Comercio contra Ferrocarriles de Orleáns» (3). Habiéndose declarado en aquella ocasión a favor de la compañía de trenes un derecho exclusivo de disfrute sobre los terrenos afectados al servicio público que se le había conferido, esto impulsó al autor a plantearse, con un carácter más general, la naturaleza del derecho de los ocupantes del dominio público previa concesión habilitante. La visión más común en la época era la que veía en la situación del concesionario o permisionario del dominio público una posesión precaria y revocable, que si bien era compatible con su protección interdictal frente a los ataques o injerencias de extraños, no llegaba a la entidad de los derechos reales; su asimilación con éstos atentaría contra la consustancial inalienabilidad de esos bienes (4).

---

(3) Publicada inicialmente en el repertorio *Sirey* 1908, III, pág. 65 y sigs., y recopilada más tarde en HAURIUO, *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929. D'après les notes d'arrêts du Recueil Sirey*, París, Recueil Sirey, 1929, III, pág. 270 y sigs.

(4) Por su valor histórico, conviene precisar la tesis originaria de HAURIUO acerca del derecho del concesionario, volcada años atrás en su comentario al fallo «Rodet», de 10 de enero de 1890, también del Consejo de Estado (cfr. *Recueil, Sirey* 1892, III, págs. 41 y sigs.). En aquella ocasión había calificado el concreto de sepultura como un doble derecho personal, constituido a partir de una concesión de dominio público que otorgaba la simple posesión del bien al concesionario y a la que se acompañaba una convención accesoria, por la cual la municipalidad competente se comprometía a ceder a perpetuidad ese terreno u otro de iguales características, si es que hubiera de trasladarse el cementerio; en el supuesto, por tanto, no se daban más que relaciones obligacionales, aunque proyectadas sobre un bien concreto del dominio público (cfr. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas. Historia y problemas jurídicos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935, pág. 237).

Para el maestro francés un nuevo examen se imponía. Era cierto que la demanialidad de los bienes impedía la constitución de gravámenes del Derecho Civil, tales como el usufructo o la enfiteusis, pero ello no significaba que tales bienes estuvieran alejados de un modo absoluto del tráfico jurídico en la medida en que el Derecho Administrativo vendría a admitir el comercio sobre el dominio público a través de los procedimientos que él mismo establece. Mediante el juego de la concesión, el Estado rentabilizaría sus recursos, autorizando sobre ellos la constitución de derechos de indudable contenido real, susceptibles de ejercerse a través de la posesión y de generar la pertinente indemnización en caso de violentarse. Si el derecho real se configura a partir de las notas de inmediatez —aprovechamiento directo de las cosas, sin intercesión de un sujeto que haya de realizar una u otra prestación— y oponibilidad —eficacia frente a terceros—, ambos postulados se observarían también en aquéllos, con la particularidad, esencial para la especie, de su temporalidad y revocabilidad a instancia de la Administración concedente y siempre por razones de interés público (5). Y así distinguía según los casos: el concesionario de un servicio de tranvías tendría sobre la vía pública un derecho de uso; los dueños de las casas que dieran a la calle, una suerte de servidumbre; los titulares de sepulturas en un cementerio público, un derecho muy parecido al del propietario, por ser sólo revocable si se decidiera por las autoridades trasladar de lugar el cementerio, aunque con el compromiso de concederle en su nuevo emplazamiento una sepultura de similares condiciones, etc.

Expuestas como anteceden las líneas maestras de su pensamiento, HAU-RIOU utilizará la séptima edición de su *Compendio de Derecho Administrativo*, publicada en 1911, para volver sobre el tema (6). Repetirá básicamente aquellas ideas pero con el objetivo de profundizar en la dimensión exacta de la precariedad atribuida al derecho del concesionario. Intuyendo la relevancia de este punto en el éxito que pudieran alcanzar finalmente sus postulados —resulta difícil de concebir un derecho real que es oponible a todos menos al que lo haya concedido—, establecerá aquí algunas correcciones, a saber: 1.º la revocación del permiso de ocupación temporario nunca podría ejercerse arbitrariamente, respondiendo indefectiblemente a «razones de buena administración»; 2.º nada obstaría, reputándose, antes bien, conveniente que la Administración se comprometiera a no ejercer su potestad de revoca-

---

(5) Textualmente: «*Ce droit réel ne relève pas du droit civil, mais du droit administratif. Il y a ainsi toute une catégorie de droits réels administratifs, dont la caractéristique est d'être temporaires, révocables dans l'intérêt du service public ou rachetables*» (HAU-RIOU, *La jurisprudence...*, cit., pág. 280).

(6) Cfr. *Précis de Droit Administratif et de Droit public*, París, Recueil Sirey, 1911; aquí se seguirá la edición inmediatamente posterior, que viera la luz en 1914, en sus páginas 669-670 y 736 y sigs.

ción durante un cierto lapso de tiempo; 3.º) en cualquier caso, la precariedad de la concesión habría de operar sólo respecto del órgano concedente, encontrándose inmerso el ocupante en una situación definitiva y perfecta frente a los terceros: incluso en el supuesto de trabajos imprevistos llevados a cabo o por cuenta de un ente oficial distinto al concedente, el concesionario tendría derecho a una indemnización por los perjuicios que se le causaran; 4.º) igualmente, mientras la Administración no retirase la concesión formalmente, incoando el procedimiento correspondiente, a pesar de gozar de un amplio margen de discrecionalidad para iniciarlo, tendría que respetar la ocupación concedida, con lo que cabría mantener, pese a todo, una cierta oponibilidad del derecho del concesionario también frente a ella; 5.º) si, como se supone, toda concesión pública se hace «a salvo de los derechos e intereses de terceros», esta cláusula secular e implícita conllevaría que el otorgamiento de una nueva concesión, de un nuevo derecho real administrativo sobre los mismos bienes, no pudiera entrañar por su solo hecho la revocación de la concesión previa todavía vigente (7).

## B) EL INSTITUCIONALISMO COMO CATALIZADOR DE LA TEORÍA

Concluía HAURIU su comentario al fallo citado advirtiéndole que quizá fuese prematuro organizar una teoría completa de los derechos reales administrativos; bastaba, por el momento, con tener presente el concepto para una mejor comprensión de la realidad subyacente a las concesiones (8). Esa teoría tampoco la acometerá en su *Compendio*, el cual aprovechará únicamente, como hemos visto, para perfilar, un poco más, la figura. Sin embargo, el testigo será recogido por quien fuera uno de sus alumnos, después discípulo, en la Facultad de Toulouse, Louis RIGAUD, que con apenas un lustro de diferencia publicará el libro *La théorie des droits réels administratifs* (París, 1914). La adscripción del autor al pensamiento jurídico-político de su maestro es total, como ya anticipara en su renombrada Tesis Doctoral, en la que se ocupara del tipo genérico de derecho real, de su ontología y génesis (9).

Aquella primera investigación de RIGAUD supuso una contestación directa a la tesis obligacionista acerca del derecho real propiciada, quizá sin pretenderlo, por un sector de la doctrina civilista. A la concepción clásica que veía en el derecho real una relación directa entre el titular y la cosa de la que emergería un poder de exclusión *erga omnes*, se contraponía la imposibilidad técnica

---

(7) Cfr. HAURIU, *Précis...*, cit., págs. 737-738.

(8) Cfr. *La jurisprudence...*, cit., págs. 280-281.

(9) *Le droit réel. Histoire et théories: son origine institutionnelle*, Toulouse, Nauze, 1912, traducida al castellano por XIRAU en 1928 (*El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*, Madrid, Reus).

de trabar una relación jurídica que no fuera entre personas. Como indicaba PLANIOL, no podía haber «relación jurídica entre una persona y una cosa, porque dar un derecho a un hombre sobre una cosa equivaldría a imponer una obligación a la cosa, hacia el hombre, lo que sería un absurdo. El derecho no puede existir a favor de una persona más que contra otras personas capaces de soportarlo como sujetos pasivos, es decir, como sujetos obligados» (10).

No era tampoco convincente aludir a un nexo inmediato con las cosas, cuando algunos de los derechos tenidos históricamente por reales, difícilmente lo manifestarían: así, la hipoteca o las servidumbres negativas, por ejemplo, de no elevar un edificio a más de una determinada altura, de no concurrir en determinado rubro, etc. Por el contrario, existirían derechos, como el del locatario, juzgados tradicionalmente como personales, donde el contacto con la cosa se haría evidente. Según todo ello proponía una nueva explicación acerca de los derechos reales: se trataría de derechos personales o crediticios donde el sujeto pasivo obligado no sería un sujeto o varios predefinidos, sino la comunidad por entero, consistiendo, precisamente, el contenido de la relación en una prestación de no hacer a cargo de todos y cada uno de sus integrantes, por cuanto habrían de abstenerse de interferir entre el titular y la cosa.

Para desbaratar estos argumentos, RIGAUD aborda toda una nueva elaboración a partir de la visualización por HAURIOU de la institución como fundamento de la sociedad y el Estado (11). Por institución, más allá de las muy variadas acepciones que en Derecho pueden asignársele, se habrá de entender en este sentido el cuerpo social, la colectividad primigenia organizada espontáneamente (la *gens* romana, el clan céltico, la *Sippe* germana) en cuyo seno las situaciones de hecho irán legitimándose mediante la continuada aceptación entre sus miembros hasta convertirse en estados de derecho, en derechos subjetivos. Son las instituciones las que crean las reglas jurídicas —se dirá— y no éstas las que crean aquéllas, y entre esas primeras reglas en plasmarse, en arribar a su «institucionalización», estarían los derechos que hoy llamamos reales, los cuales se cifrarían en la consolidación de una situación en favor de un miembro en particular de la sociedad, debida y consecuentemente tutelada frente al resto. Fíjese en que «el hombre, por el solo hecho de serlo y de necesitar de las cosas del mundo exterior para cumplir su destino, tiende, por lo menos, a partir de un cierto desenvolvimiento de la vida social, a adquirir una situación permanente frente a las cosas, a establecerse y fijarse en ellas» (12).

---

(10) *Traité Élémentaire de Droit Civil*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1915, págs. 651-652, nota 2.

(11) Cfr. HAURIOU, *Principes du Droit Public*, París, Librairie de la Société du Recueil J. B. & du Journal du Palais, 1910; *id.* *La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)*, trad. SAMPAY, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.

(12) RIGAUD, *El derecho...*, cit., pág. 249.

La teoría institucionalista localizaría, por tanto, el fundamento de los derechos reales en un marco originario, natural y autónomo, lo que, sin duda, será su más importante legado: esa búsqueda por la razón de la categoría en el plano de lo metajurídico (13). Por haberse diseñado sobre estas bases, se comprende la muy escasa repercusión que habría tenido entre los *iusprivatistas*. Y a la inversa, es por ello que tampoco debería extrañar la expansión funcional del derecho real más allá del Derecho privado. RIGAUD, incluso, utilizaba como demostración más actual de las transformaciones convalidadas por la institución, la de los ocupantes y concesionarios del dominio público. «Durante mucho tiempo —advertía— se ha dicho que estos ocupantes no tienen ningún derecho real, no hay en provecho suyo ninguna apropiación de dominio, tanto más cuanto el dominio es inalienable. Y después, poco a poco, por la fuerza de las cosas, por la prolongación y la multiplicación de estas situaciones en consideración a los intereses revelados, se ha venido a la conclusión de que era justo reconocer a los ocupantes un cierto título jurídico individual y que era posible concederles derechos reales de naturaleza administrativa que no atacan a la inalienabilidad del dominio, que son modo de apropiación administrativa, sin ser desmembraciones de la propiedad civil» (14).

#### C) LA CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA DE RIGAUD

Imbuido de aquel espíritu, RIGAUD saca a la luz, con tan sólo dos años de diferencia, su monografía sobre los derechos reales administrativos. Introducía su trabajo señalando que el derecho real sería una forma primigenia del pensamiento jurídico, que habría sido concebida, como la noción de cosa, mucho antes de que fuesen elaboradas las teorías de la obligación y del patrimonio. Nada obligaría, por tanto, a encerrar el concepto dentro del círculo del Derecho Privado Patrimonial, aunque en su seno se aplicara con preferencia (15).

Su estudio lo divide, luego, en tres partes. En la primera describe las distintas situaciones a calificar, empezando por aquella en que se encuentra la Administración respecto del dominio público, siguiendo con las relaciones que pueden precisarse entre el dominio público y las propiedades privadas, en alusión al problema de las servidumbres administrativas, y terminando con la relativa a los ocupantes del dominio público. En la segunda, reseña las teorías mayormente aceptadas en la época para explicar cada una de tales situaciones, sin que ninguna le parezca satisfactoria: así, la atributiva al Estado de un

---

(13) Como ya advirtiera FAIRÉN (cfr. «Derechos reales y de crédito. Apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción», en *Revista de Derecho Notarial*, XXIII [1959], pág. 253).

(14) *El derecho...*, cit., pág. 254.

(15) Cfr. *La théorie des droits réels administratifs*, París, Sirey, 1914, pág. 2.

poder general de policía, de guarda y vigilancia (*garde et surintendance*) sobre los bienes de dominio público, con negación de todo derecho de propiedad; la de la disociación de las servidumbres de utilidad pública de las civiles; la de la locación en relación con el estatuto del concesionario; la de pura tolerancia o precario tratándose del permisionario, etc.

En la tercera parte, finalmente, el autor hace su aporte, sintetizado por él mismo en las siguientes cuatro proposiciones (16):

- 1.<sup>a</sup>) La existencia de instituciones administrativas que, en cuanto dotadas de personalidad jurídica (Estado, departamento, comuna), ostentarían sobre el dominio público un verdadero derecho de propiedad.
- 2.<sup>a</sup>) Esa propiedad de las personas administrativas sobre las dependencias del dominio público podrá irradiar, repercutir sobre las propiedades de titularidad privada por el juego de las servidumbres administrativas que le son accesorias.
- 3.<sup>a</sup>) Por su parte, los particulares podrán ejercer y disfrutar sobre el dominio público derechos reales de naturaleza administrativa, sea que deriven de una relación de vecindad (*voisinage*) o de una disposición legal, sea que se constituyan mediante concesión o permiso de ocupación temporaria.
- 4.<sup>a</sup>) Tanto la propiedad de las personas administrativas, las servidumbres de utilidad pública, como los derechos reales mencionados, se diferenciarían de las situaciones análogas del Derecho Civil —propiedad privada, servidumbres y demás derechos de goce—, desde un doble punto de vista: de un lado, por virtud de sus modos de constitución, por esencia administrativos y, en consecuencia, distintos a los del comercio privado: básicamente, expropiación, afectación, concesión y permiso. De otro, por su duración (dígase, mejor, condición), ya que estos derechos se hallan supeditados en cualquier caso al interés público, que otorga a la cosa la cualidad de dependencia del dominio público mientras no se excluya, normalmente, mediante un acto expreso de desafectación. El derecho de la Administración-propietaria o el derecho real del particular —de suyo éste limitado— variarían, así, del dominio o de los derechos reales menores ordinarios en cuanto a su régimen y duración, a partir de la destinación pública impuesta con respecto al uso, aprovechamiento y hasta disposición de las cosas.

Así esquematizado, no puede decirse que el planteamiento de RIGAUD sea de suyo excesivamente original. Sin embargo, presenta la ventaja de sistematizar en un marco general las impresiones que habría ido volcando HAU-

---

(16) Cfr. *La théorie...*, cit., págs. 249-250.

RIOU sobre el dominio público con refrendo en la jurisprudencia (17); repárese en que habría sido éste también el que probara que las diferencias entre la propiedad y el demanio no se antojaban tan insalvables como se postulaba desde la influyente Escuela de Burdeos (DUGUIT, JÈZE, LAUBADÈRE). Por otra parte, la amplitud de criterio con la que se mueve RIGAUD en cuanto al ámbito de los derechos reales de carácter administrativo contaría, además, con un marcado precedente en la literatura jurídica italiana, al que el propio autor remitía (18). En concreto, me refiero a la obra de Dante MAJORANA, un breve estudio donde ya se admitía el instituto de la propiedad aplicado al dominio público y el de los derechos reales de los particulares sobre el dominio bajo el nombre de *usi civici* (19). En tal sede se hacía eco igualmente de los derechos públicos que cabría constituir sobre el dominio privado: servidumbres, limitaciones y cargas de Derecho Público.

#### D) LAS CRÍTICAS INMEDIATAS

Entre los grandes expositores franceses, la tesis de los derechos reales administrativos fue rechazada de plano. Aunque algunos habrán de sostener la premisa de que la Administración tendría sobre el dominio público un derecho de propiedad, público, pero propiedad al fin y al cabo, lo común entre ellos será resistirse a la admisión de la figura genérica del derecho real en su vinculación con el uso especial otorgado sobre bienes públicos. Como afirmaba DUGUIT, la categoría jurídica del derecho real habría sido inventada para el régimen de la propiedad privada; sería un elemento de ese régimen. No sería, por tanto conveniente, su extensión fuera de ese campo, so pena de arribar a complicaciones y dificultades inexplicables. La posición del permisionario, del concesionario, o consistiría en un derecho real, con lo que no habría necesidad de utilizar ningún epíteto, o bien se trataría de una relación propia del Derecho Administrativo, sin razón, por tanto, para calificarla de otro modo (20).

BERTHÉLEMY mantenía parecida opinión. A su juicio, por la concesión no se generaba derecho real alguno, cualquiera fuera la forma en que se calificara. Y ponía el ejemplo de aquel que obtuviera de la Administración, mediante el pago de la tasa correspondiente, el derecho de instalar carpas en la orilla del mar, quien no devendría usufructuario, ni usuario, ni superficiario

---

(17) Vid., como buen resumen, DE VELASCO, «Naturaleza jurídica del dominio público, según Hauriou», en *Revista de Derecho Privado*, 1921, pág. 230 y sigs.

(18) Cfr. RIGAUD, *El derecho...*, cit., pág. 297.

(19) Exactamente: MAJORANA, *La teoria dei diritti pubblici reali*, Catania, Giannotta, 1910.

(20) Cfr. *Traité de Droit Constitutionnell*, III, París, Fontemoing, 1930, págs. 384-385.

sobre tales emplazamientos, ni ostentaría sobre el dominio ningún derecho oponible a terceros, por ende, ningún derecho real (21).

En una lectura más permisiva, sin embargo, LAUBADÈRE consideraba como objeción más grave la de la precariedad, la de la falta de oponibilidad del pretendido derecho real frente al órgano concedente; soslayar este dato comportaría convalidar no ya una mera transposición de conceptos, sino la desnaturalización de la misma idea de derecho real (22). Según antes había recalcado TROTABAS, debía evitarse recurrir en Derecho Público a las fórmulas del Derecho Privado, por cuanto desde que se habla de derecho real se está obligado a reconocer que esos supuestos derechos reales son, en la especie, bien diferentes de los que existen en el Derecho Privado, con la consiguiente necesidad de hacer salvedad de su específico significado, en cuanto a la relación especial y tan distinta que rige entre el titular del derecho que se pretende absoluto y la Administración otorgante. En definitiva, se estaría tan alejado de la noción originaria de derecho real que no se comprendería qué ventajas pudiera traer consigo el vocablo (23). La inutilidad, cuando menos, sería su justo correlato.

### III. REFUTACIÓN DE LAS PRINCIPALES OBJECIONES A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS A LA LUZ DE NUESTROS DÍAS

Dada la reiteración doctrinal que se ha destacado en la materia, se hace preciso, para fundamentar en tono afirmativo la propia noción de derecho real administrativo, apuntar las razones que coadyuvarían a desmontar las principales objeciones que se han formulado en su contra. Estas objeciones serían, fundamentalmente, tres: la inalienabilidad del dominio público, el carácter precario de las autorizaciones administrativas de uso y la vigencia del *numerus clausus*, siquiera, en el Derecho Público.

#### A) LA INALIENABILIDAD DEL DOMINIO PÚBLICO

Por el principio de inalienabilidad se garantiza la inseparabilidad del dominio público con respecto a su destino manteniendo la titularidad pública de los bienes (24). A su respecto, lo primero que, con SÁINZ MORENO hemos de pre-

---

(21) Cfr. *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, Rousseau, 1933, pág. 48.

(22) Cfr. *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, pág. 770.

(23) Cfr. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers. Essai de classification juridique*, París, Dalloz, 1924, pág. 91.

(24) Cfr. CLAVERO ARÉVALO, «La inalienabilidad del dominio público», en *Revista de Administración Pública*, núm. 25 (1958), págs. 41-42.

guntarnos es sobre sí, a la hora de la verdad, la inalienabilidad armoniza con la idea exacta de propiedad, o lo que es lo mismo: ¿puede concebirse el dominio público como una clase de propiedad, pese a que el titular de la misma no puede enajenar libremente la cosa objeto de su derecho? Todo depende, como resalta el autor, de lo que entendamos por contenido esencial de la propiedad. Si su noción jurídica elemental ha de incluir la nota de la libre disposición de los bienes, es claro que no puede hablarse de dominio público como una propiedad inalienable al servicio de un fin público, porque no sería una «propiedad». Sin embargo, al menos en los ordenamientos que siguen nuestro mismo sistema, «ni las cosas objeto de la propiedad pública son inalienables en términos absolutos (la desafectación hace pública su salida del régimen jurídico de las cosas públicas y su posterior enajenación), ni la propiedad privada es incompatible con ciertas restricciones a la libre enajenación de los bienes... No parece, por tanto, que exista obstáculo, desde esta perspectiva, para configurar el dominio público sobre la base de la institución de la propiedad aunque sea una propiedad inalienable en tanto que conserve el carácter de pública. La inalienabilidad producida por la afectación no es, por sí sola, una característica incompatible con la calificación de estos bienes como una clase de propiedad. La posibilidad de una desafectación opera potencialmente como una vía de recuperación de la facultad de disponer» (25). Pero no se piense que la afectación consiste en un mero requisito de forma, por la sencilla razón de que ese requisito «determina por sí mismo la cesación del dominio público, lo que implica que la venta posterior no es de dominio público, pues la desafectación extingue dicha cualidad»; a reserva, claro está, de que el órgano competente para la desafectación lo sea también para la venta, lo que en Derecho Administrativo no se da ineludiblemente (26).

Lo que de ninguna manera permite la inalienabilidad es que un bien del dominio público pertenezca en propiedad a una persona física o jurídica particular, en tanto no se produzca su desafectación, no necesariamente formal en todo caso. En otras palabras, consagrada la distinción acuñada por HAURIUO entre el tráfico jurídico público y privado, sobre el dominio público

---

(25) «El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la “Revista de Administración Pública”», en *Revista de Administración Pública*, núm. 150 (1999), págs. 504-505.

(26) CLAVERO ARÉVALO, *ob. cit.*, pág. 36. Desde esta posición se contesta, como se dice, a esa otra visión que advierte sobre lo inapropiado de hablar de la inalienabilidad, dado que la Administración puede enajenar desafectando. Menciona CLAVERO especialmente la opinión de WALINE, para quien decir que el dominio público es inalienable refleja una expresión desgraciada, ya que en Derecho Privado la inalienabilidad de ciertos bienes que no pueden venderse obedece a que las partes están sometidas voluntariamente a unos textos que ellos no pueden modificar. Por el contrario, corresponde a las autoridades calificadas del Estado hacer cesar la inalienabilidad del bien del dominio público mediante su desafectación (cfr. *Manuel Élémentaire de Droit Administratif*, París, Sirey, 1946, pág. 444).

no puede haber ningún otro derecho real pleno que el que la figura representa, resultando nula de nulidad absoluta cualquier transmisión o adquisición de la titularidad de un bien público por fuera de los medios previstos en el Derecho Administrativo.

La afectación al uso o un servicio público impediría, a su vez, una lectura meramente formal del principio, por la que la Administración pierda el control eficiente sobre la economía del bien, individualmente considerado o en el contexto de las necesidades generales. No parece suficiente, por tanto, con limitar en el tiempo la concesión, como indicara RIGAUD, aludiendo especialmente al factor de duración de los derechos reales de uso sobre el demanio, sino con señalar su revocabilidad (27), aspecto básico sobre el que se profundizará en el siguiente punto.

Igualmente, debe descartarse que por la concesión opere una suerte de desmembración del dominio público en cuanto a su estructura, a su configuración integral. Se trata de algo que se refuta, incluso, respecto del dominio civil. Este derecho, si bien abarca, en tanto no se halle gravado, la totalidad de facultades, usos y posibilidades que encierra la utilidad susceptible de proporcionar el objeto sobre el que recae, de acuerdo con su destino normal o con el que disponga el propietario, se dice, a la sazón, elástico en referencia a «que su contenido puede aumentar y disminuir de forma automática en cuanto cesa o termina un derecho real limitado y en cuanto se constituye uno nuevo. Variabilidad de contenido que no afecta para nada a la entidad del derecho que, en uno u otro caso, se considera completo» (28).

Trasladando esta doctrina al dominio público, mientras se encuentre vigente la concesión, algunas de las expresiones que componen el contenido típico del demanio podrán quedar comprimidas, restringidas o, incluso, temporalmente impedidas (el aprovechamiento reservado por la Administración, el uso común por el público, la posibilidad de atribuir otras autorizaciones de uso especial, la aplicación irrestricta del poder de policía sobre el concesionario, etc.) (29), volviendo a su ser nada más la concesión se extinga.

---

(27) Cfr. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, § 1828, pág. 462 y sigs.

(28) DE LOS MOZOS, «El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica», Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1993, pág. 242. El fenómeno se compara por AHRENS —a quien sigo en estas líneas— con el hombre que lleva una carga, el cual, cuando la deja, recupera en su fuerza y poder generales, la energía especial que servía para sostenerla (cfr. *Enciclopedia Jurídica o Exposición Orgánica de la Ciencia del Derecho y el Estado*, III, versión directa del alemán por GINER, AZCÁRATE y LINARES, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1880, pág. 178, nota 2).

(29) En relación, así, con el primero de tales supuestos, el de las reservas dominiales, téngase en cuenta que «las utilidades privativas legalmente constituidas —por concesión o por prescripción, cuando este título es admisible— sobre una porción del dominio público, generan, efectivamente, en pro de su titular un estricto derecho subjetivo. La existencia de una tal utilización excluye, por ende, la posibilidad de que se constituya por

Certificada como antecede la incompatibilidad entre el dominio público y el privado, ¿cómo debe entenderse una disposición como la introducida en el artículo 97 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas por la cual el ocupante del dominio público se reputa propietario respecto de las obras, construcciones e instalaciones vinculadas con la actividad amparada por el título de concesión? Desde luego, no literalmente, como se colige del régimen con que la afirmación se acompaña (30). Por supuesto que en el caso no habría propiedad civil, pues tales límites sobrepasan con holgura el contenido esencial que reconoce el ordenamiento común para este derecho: ningún acto de disposición jurídica podría realizar el interesado sin el concurso, la conformidad de la Administración concedente; pero tampoco, una suerte de propiedad administrativa, siquiera *ad tempus*, pues de la misma manera que dos objetos no pueden ocupar un mismo espacio físico, no resulta jurídicamente posible que dos personas sean propietarias a la vez, sin que haya condominio (lo que presume un cierto tratamiento de igualdad entre los copartícipes, además de transitorio) o la institución del dominio se pervierta. El dominio es, por esencia, pleno y, por tanto, exclusivo.

De esa regulación tampoco surge que la expresión utilizada en cada norma, en cuanto el objeto de la propiedad pudiera cifrarse exclusivamente en las obras, instalaciones y construcciones, aluda a una derogación del principio de accesión respecto, en nuestro caso, del inmueble público (31), puesto que,

---

la Administración una reserva incompatible con la plena actuación del derecho subjetivo perteneciente a tercero» (BALLBÉ, «Las reservas dominiales», en *Revista de Administración Pública*, núm. 4 [1951], pág. 86). Y es que «la reserva, como todas las facultades dimanantes del dominio se halla sujeta a la limitación natural que implica el respeto jurídicamente debido a los derechos subjetivos en favor de tercero que existan sobre la misma cosa. Por esencia, la reserva sólo es admisible en tanto no contradiga derechos subjetivos de los administrados. En esta nota precisamente radica la diferenciación entre la figura jurídica que se trata y otras afines: la confiscación o apropiación sin indemnización de un derecho subjetivo ajeno, la expropiación y el rescate —revocación, añadiríamos nosotros— de concesiones» (*idem*, págs. 84-85).

(30) Como expresa FERNÁNDEZ ACEVEDO, la afirmación del precepto surge, a todas luces, excesiva por contraria a las bases más elementales de la dogmática demanial anclada en el artículo 132.1 de la Constitución: «la semejanza o equivalencia con el propietario queda limitada al plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en esa misma sección de la Ley en la que aquél se inserta; y aún habría que añadir, que dentro de los límites dibujados por los pliegos de condiciones y por el propio título concesional que, como se ha indicado, perfilan el derecho que en cada caso otorga la concesión. En efecto, mientras que puede afirmarse, en líneas generales (la función social de la propiedad puede en ciertos casos desmentirlo; así, en la propiedad urbana), que cualquier propietario tiene el derecho de usar o no usar la cosa y de disponer de ella libremente, el concesionario demanial, en cambio, ha de usar la concesión necesariamente y además hacerlo para el fin preterminado por el título concesional. Por su parte, la libertad de disposición se halla bastante mermada desde el momento en que se exige la previa conformidad del concedente» (*Las concesiones administrativas de dominio público*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, pág. 244).

(31) Derogación a la que enfoca, en la doctrina argentina, GUIRIDLIAN LAROSA, cuando propicia una reforma legislativa nacional que contemple la posibilidad de constituir dere-

justamente según la legislación, las distintas facultades que se reconocen al concesionario se condicionan en torno a la afectación, base, como sabemos, de la inalienabilidad del dominio público (32).

Congruentemente, el derecho del concesionario se trata ni más ni menos de un derecho real, por ejercerse sobre un bien que, como pertenece al dominio público, aparece por ello esencialmente limitado en sus efectos y sometido al Derecho Administrativo, no observándose ningún matiz del orden jurídico-privado que haya de imponerse en aspecto alguno que sea relevante (facultades materiales del ocupante, cesión y transmisión, constitución de gravámenes, embargabilidad, ésta, obviamente, limitada, etc.).

En esta coyuntura no se agotan, con todo, las dificultades. Antes bien, la crisis de los sistemas tradicionales de financiación de la obra pública, maniatados por la expansión de la demanda de la sociedad moderna y por un sometimiento inflexible a la inalienabilidad de los bienes públicos, ha obligado a desarrollar alternativas que proporcionen una mayor confianza al capital privado, facilitando la amortización de la inversión mediante la explotación del resultado. Si la obra pública se encuadra dentro del dominio de tal índole, y el estatuto de éste veta que se ejecute o embargue, es claro que el proyecto no puede constituir una garantía aceptable de cara a su financiación externa. La paradoja, entonces, estaría dada: el mismo régimen nacido a fin de proteger el patrimonio necesario o meramente útil para la colectividad, vendría a conspirar, de esta forma, contra sus requerimientos más actuales.

La normativa dictada en estos años irá correspondiendo, entonces, a esa conveniencia. Al extremo de haberse generado en el panorama de la propiedad y gestión públicas una nueva dimensión, atinente al específico entorno de las obras e infraestructuras públicas, aun para la mejora o refacción de las existentes. Ahora, sobre aquellos bienes anteriormente, y en los hechos, excluidos, podrán actuar técnicas de financiación propias del Derecho Privado

---

chos reales de propiedad sobre las infraestructuras a construirse sobre un determinado inmueble, el cual debería complementarse con el otorgamiento de un derecho real de uso sobre la cosa dominial en la cual se vaya a emplazar la infraestructura, bien que en este último caso el primero de los derechos resultaría indisociable de aquél y, en consecuencia, temporalmente limitado en su vigencia al plazo por el cual se otorgara el título de ocupación (cfr. *Contratación pública y desarrollo de infraestructuras. Nuevas formas de gestión y financiación*, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, págs. 83-84). Siendo así, no podría oponerse el hecho de que como la infraestructura a construir habría de serlo sobre un bien dominial, asumiría por accesión tal carácter, «por cuanto ello eventualmente recién se producirá luego de concluida su realización y transcurrido el lapso por el cual se otorgó el derecho de uso especial en cuestión, por aplicación del principio de accesión diferida» (*idem*, pág. 85).

(32) Sin olvidar que la regla de accesión tiende a invertirse tratándose de obras públicas. Por su carácter funcional, el criterio también habría de fundar, en toda esta materia, la atracción de las concesiones demaniales por las del servicio público, en lo que atañe al régimen al que se debe estar con preferencia para cuando, como es muy normal, bienes públicos se adscriben a la prestación del servicio concesionado.

(leasing, fideicomiso), de sobrada aptitud en lo que a captación de fondos y diversificación de riesgos se refiere; pero, en todo caso, mediatizadas por ciertas facultades que se reconocen en la legislación o se reserva la Administración en el título constitutivo, para evitar que se ponga en riesgo la continuidad del proyecto y garantizar, una vez se implemente, el uso eficiente y no discriminatorio del servicio.

En virtud de todo ello, ¿puede seguir hablándose de dominio público en estos casos? No lo parece. A favor del de intervención, el criterio «propietarista» se habría balanceado, justamente, para asistir a la financiación, eficaz modo de lograr que los bienes accedan a las condiciones operativas que precisa su destino. Titularidad y afectación, por tanto, se diversificarían, de manera que, aunque la titularidad privada excluiría la demanialidad, la afectación al uso o un servicio público acabaría circunscribiendo en torno suyo el estatuto de la propiedad particular; lo mismo que ha preocupado desde siempre con respecto a los bienes propiedad del concesionario que destine al servicio público que se le ha concedido.

#### B) LA REVOCABILIDAD O PRECARIEDAD DEL USO DIFERENCIAL SOBRE BIENES PÚBLICOS

En relación con el derecho de uso especial concedido o tolerado sobre el dominio público, también se ha venido cuestionando su carácter real en la medida en que toda concesión o permiso se torna esencialmente precario. La precariedad, en el ámbito jurídico-público, significa que el vínculo de la concesión se encuentra supeditado al interés general, «a la salvedad causal de que con tal acto se aborda un resultado compatible por el momento con un determinado interés público prevalente, pero que ante la eventualidad de que éste pueda ser obstaculizado en el futuro, para su plena efectividad se prevé la revocación del acto si el cambio de circunstancias produce un desequilibrio entre los intereses en juego, con merma de aquellos que deben ser más destacadamente atendidos. El acto, pues, habrá sido adoptado de acuerdo con unas situaciones de hecho apreciadas conforme a un juicio valorativo de los intereses finales concurrentes, del que resultará la solución que más cuadra a los intereses públicos primordiales. Una alteración de tales circunstancias hará modificarse pues la causa determinante del acto originario, haciendo, por tanto, que la Administración lo retire o modifique, según exija el mejor atendimiento del público interés. La precariedad se inserta plenamente así en el elemento causal del acto administrativo, en cuanto que permite el definitivo mantenimiento de los intereses atendidos por la Administración, posibilitando la creación de situaciones jurídicas que no hubieran podido surgir si no se velase anticipadamente por que el propósito negocial perseguido, prevalencia

de unos determinados intereses públicos, se mantenga indefinidamente, pese al cambio de circunstancias» (33).

Conceptuada desde un plano causal, la revocación de una autorización de uso diferenciado proscribire a todas luces la arbitrariedad en su ejercicio (34). Sin embargo, aun en las concesiones por largo término, duración que se tiene en cuenta precisamente con miras a la amortización de la inversión que va a acometer el concesionario, el interés público puede incidir hasta paralizar la economía natural del negocio. La única diferencia radica en que la Administración sólo estará obligada a indemnizar, por hacer empleo de su facultad revocatoria, cuando el uso conferido (y afectado a resultas) responda a una razón de mera tolerancia, por ende, de naturaleza marcadamente provisional, y no de exclusividad en cuanto al aprovechamiento. En ello estribaría el matiz diferencial entre los dos títulos principales para el uso especial de los bienes públicos, que constituyen los permisos y las concesiones.

Así las cosas, la distinción entre permisos y concesiones se proyecta negando la misma condición de derecho subjetivo del uso especial que se autoriza por los primeros (35). El permisionario podrá ocupar o servirse de un bien público más allá de lo que habilita el uso general o común, aunque sin quedar protegido por otros cauces que los que se establecen para cualquier administrado. Así, podrá, por un lado, dirigirse frente a la Administración en defensa de su situación mediante los medios ordinarios de impugnación que se reconocen en tal sede (recurso jerárquico, acción contenciosa-administrativa de nulidad en lo jurisdiccional); pero, por otro, podrá reaccionar frente a los terceros que perturben el uso permitido. El interesado, entonces, a diferencia del concesionario, no tendrá que hacer valer contra ellos un derecho adquirido. Defenderá simplemente su libertad y los intereses pecuniarios que resulten. Lo hará, sobre todo, de dos maneras. En primer término, recurriendo a la policía demanial, ya que perturbar su uso legítimo implica perturbar el buen orden de la cosa pública. En segundo lugar, el ataque llevado a su persona o a sus cosas, así como el simple impedimento al goce del permiso, podrá dar lugar a una demanda del permisionario por daños y perjuicios, demanda que, fundada en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, corresponderá interponer ante los tribunales civiles.

---

(33) MARTÍN MATEO, «La cláusula de precario en las concesiones de dominio público», en *Revista de Administración Pública*, núm. 56 (1968), págs. 100-101.

(34) Como enfatizan también MORENO MOCHOLI (cfr. *El precario*, Pamplona, Eunsa, 1976, pág. 509) y DESDENTADO DAROCA (cfr. *El precario administrativo. Un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 55).

(35) Cfr. MAYER, *Derecho Administrativo alemán*, III, trad. HEREDIA y KROTOSCHIN, Buenos Aires, Depalma, 1982, págs. 238-239; MARIENHOFF, *Tratado...*, cit., V, §§ 1813 y 1815.9.º, págs. 411 y 427-428.

Después de esto, no extraña que el inquilino pueda defender su posesión por el expediente de los interdictos, que no se reconoce, en cambio, al empresario autorizado por el poder público para ocupar de una forma especial, no privativa, la calle (36). Más allá de la comparación, por demás plenamente confirmatoria de la impresión que se mantiene, ningún derecho real investiría al permisionario.

La concesión no presenta los problemas de calificación que anteceden. Sus caracteres de mayor estabilidad y de exclusividad respecto del bien público auspician, sin hesitación, la apreciación jurídico-real del correlativo derecho de uso, en esta sede ya aprovechamiento. Sea como fuere, la precariedad, esa eventualidad de revocación por causa de interés público, seguiría asomándose en el panorama, introduciendo un componente desconocido en el ámbito jurídico privado, donde lo convenido vincula a las partes y no existen —siquiera desde el plano de lo teórico— prerrogativas especiales para desligarse unilateralmente de lo acordado (37). Ahora bien, ¿basta el criterio de la precariedad para negar la condición *in re* del

---

(36) En contra, es verdad que MARIENHOFF (cfr. *Tratado...*, cit., V, § 1857, págs. 573-574) termina por reconocer que el permisionario puede deducir también acciones posesorias contra terceros, en un planteamiento ya sustentado en su día por SPOTA (cfr. «¿Pueden los titulares de concesiones y ocupaciones temporarias de bienes del dominio público deducir acciones posesorias? ¿Proceden éstas contra el poder concedente?», en *La Ley* [Buenos Aires], 2 [1936], pág. 402 y sigs.). Sin embargo, ninguno de ellos parece tener en mente otro caso que el del concesionario, cuyo derecho de uso no se circunscribe a los estrechos parámetros que hacen al permiso. Particularmente, todo el amplio desarrollo que el primero realiza acerca de la *quasi possessio iuris* en cuanto fundamento inmediato para la defensa posesoria del concesionario, y que ni siquiera refiere para el permiso, o bien sería igualmente predicable para éste, en cuyo caso, y como por la misma razón sostuviera RIGAUD (cfr. *La théorie...*, cit., pág. 225 y sigs., y 299 y sigs.) obligaría a recalificar la condición jurídica del permisionario, o bien no sería tan fundamental como se propone. Siquiera, en todo caso, haya que recordar, con GONZÁLEZ PÉREZ, los dos tipos de permiso que suelen distinguirse por la doctrina francesa: el primero, que es el que coincide exactamente con la visión que se mantiene en el texto, es el *permis de stationnement temporaire ou de depot ou de plaçage*; el segundo, la *permission de voirie*, que comprende supuestos muy distintos algunos de los cuales vienen a suponer auténticas concesiones, y, en consecuencia, la creación de derechos (cfr. *Los derechos reales...*, cit., pág. 34, n. 58).

(37) Como grafica HAURIU, «el comercio jurídico de la vida administrativa se distingue del de la privada en que no tiende como éste hacia lo perpetuo y definitivo, sino que, por el contrario, se complace en lo provisional, en lo temporal, en lo transitorio. Mientras que de las situaciones de la vida civil se elimina con cuidado todo elemento de precariedad, las situaciones de la vida pública o administrativa se caracterizan, al contrario, por el hecho de que la precariedad no está en ellas nunca completamente ausente» (*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, París, Sirey, 1927, pág. 653). Es por tal apertura a la precariedad —agrega en nota— que «se introduce la posibilidad de hacer sobre el dominio público operaciones de la vida administrativa, no obstante el principio de la inalienabilidad, pues la precariedad impide que la enajenación sea jamás completa, en el sentido civil de la expresión, y la regla de la inalienabilidad no prohíbe más que las alienaciones completas en el sentido civil».

derecho del concesionario? No lo creo. En este punto conservarían actualidad los cinco argumentos volcados por HAURIU, tal y como se han transcrito. A mayor abundancia, puede resultar pertinente traer a colación la noción, gestada en el seno de la doctrina italiana, de derecho subjetivo condicionado (ZANOBINI) o, quizá más expresivamente, debilitado (RANELLETTI). Se trata de derechos cuya sustancia está condicionada a su compatibilidad con el interés público. Mientras no se verifica la condición que impone el sacrificio de estos derechos, se comportan como derechos subjetivos en sentido estricto; pero dada la posibilidad de su sacrificio, es que se califican de tal modo.

En la materia, siguiendo a VITTA (38), «hay que distinguir dos cuestiones análogas, pero diferentes. Ante todo, hay derechos que derivan de una relación especial y nacen precisamente de un acto de la Administración; por ejemplo, de una concesión de ocupación de la vía pública. Diverso es, sin embargo, el caso del derecho subjetivo, que no nace ni subsiste por voluntad de la Administración, ya que ésta está ordinariamente obligada a respetarlo, pero que por exigencia del interés público, tal derecho deba ceder: es el caso del derecho de propiedad, independiente de la voluntad de la Administración, pero que debe ceder a la expropiación. A este caso se ha reservado con mayor propiedad el nombre de “derecho debilitado”. Yo diría mejor —comenta VITTA— derecho perfecto que en algunos casos se debilita, para convertirse en el derecho a una prestación en dinero» (39). De lo que se deduce que tan condicionado sería el derecho concedido por la Administración como el mismísimo de propiedad privada, sobre el que similarmente, por requerir de los mismos postulados causales, pendería, a fin de cuentas, la hipotética amenaza de la expropiación (40). En efecto: entre la expropiación y la revocación la

---

(38) Cfr. *Diritto amministrativo*, I, Turín, UTET, 1948, pág. 116.

(39) GARRIDO FALLA, voz «Derechos públicos subjetivos», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, VII, Barcelona, Seix, 1955, pág. 77.

(40) No por nada, respecto de la precariedad de primer grado, esto es, la que lleva aparejada indemnización, se ha dicho que «no tiene normalmente en Derecho administrativo más sustantividad que la diferencia de una mera conversión de derechos realizada a través de cauces distintos de la expropiación, que su concreta justificación causal, en cuanto al mantenimiento y preservación del destino primordial del dominio público» (MARTÍN MATEO, *ob. cit.*, pág. 111). MARIENHOFF directamente opina que el hecho de que la revocación pueda ser extinguida cuando el interés público así lo requiera, no hace, sin más, precaria a la concesión. «Cuando el interés público lo requiera —sostiene—, ceden todos los derechos y no sólo el emergente de una concesión de uso; incluso cede el derecho de propiedad privada; sin perjuicio de la indemnización que corresponda por el menoscabo patrimonial que ello implica. La extinción de una concesión cuando el interés público lo requiera, técnicamente se lleva a cabo por el procedimiento de la revocación del acto por razones de oportunidad, en cuyo supuesto es obvia la procedencia de una indemnización; pero esto no significa que la concesión sea “precaria”; de no ser así, habría que concluir diciendo que todos los derechos de que el hombre puede ser titular son precarios, lo que ciertamente desvirtúa la noción técnica de “precariedad”. Precario es el permiso

diferencia residiría en que la primera actúa cuando no existe una relación especial de poder o supremacía especial, coincidiendo ambas, no obstante, en la privación singular de derechos que conllevan (41).

La exactitud del criterio todavía se fundamentaría en la medida en que sustentar el carácter personal del derecho de uso del concesionario equivaldría a rebatir la naturaleza real del dominio cuando se transmite en virtud de un título revocable a voluntad del que lo haya transmitido, esto es, cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa resolutoria que le resulte oponible. De ser así, el dominio seguirá siendo dominio, por cuanto la eficacia jurídico-real no se mide entre quienes convengan y se atengan a ese tipo de cláusulas, sino en el respeto que los terceros deben guardar a la titularidad por su medio generada.

### C) LA ALEGADA VIGENCIA DEL *NUMERUS CLAUSUS* EN LA ESFERA PÚBLICA

En algunos ordenamientos civiles, el *numerus clausus* es máxima por la cual no existen más derechos reales que los tipificados positivamente. Bien sabemos, por más que nos empeñemos en proponer una acepción causal al problema, que no se trata de la solución que propicia la legislación española, aun, hoy, autonómica (42). Poco más tendría que añadirse para superar el

---

de uso, no la concesión de uso; de modo que todo está en distinguir una figura de otra» (*Treatado...*, cit., V, § 1823, pág. 449).

(41) Cfr. GARCÍA-TREVIANO FOS, «Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 29 (1959), pág. 56, nota 40.

(42) La doctrina, ante el silencio del Código, conviene en defender la teoría del *numerus apertus* a partir de aquellos artículos de la legislación hipotecaria encargados de señalar los actos y derechos inscribibles en el Registro de la Propiedad (vid., por todos, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, Barcelona, Bosch, 2002, pág. 27 y sigs. Díez-PICAZO, «Autonomía de voluntad y derechos reales», en *Homenaje a Ramón M.º Roca Sastre*, II, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1976, pág. 306 y sigs.; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, III-1.º, Madrid, Dykinson, 2003, págs. 10 y sigs.; PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho Civil*, III, Barcelona, Bosch, 1989, pág. 12 y sigs.). Así, el que advierte sobre el carácter registrable de los títulos referidos al usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y «otros cualesquiera derechos reales» (art. 2 LH) o el que autoriza la inscripción de los títulos donde conste «cualquier acto o contrato de trascendencia real, que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales» (art. 7 RH). Ahora bien, como también apuntan los autores, la libertad de creación de los derechos reales no se trata de una facultad con alcance ilimitado. En este sentido, se rechazan como reales los derechos convenidos que no impliquen un poder directo sobre la cosa o carezcan de la suficiente justificación económica o social. En palabras de la Dirección General de los Registros y del Notariado: «la configuración de situaciones jurídico-reales, dada la importancia económico-social y la trascendencia *erga omnes* del Estatuto de la Propiedad Inmueble, no queda totalmente confiada a la autonomía privada; el *numerus apertus* reconocido en nuestro ordenamiento

escollo planteado frente a la categoría de los derechos reales administrativos. Sin embargo, debemos situarnos en la tesitura en que la tipicidad, no causal, como digo, sino estrictamente normativa —por más que no necesariamente taxativa— resulte el principio dominante. Sólo así podríamos cumplir con el objetivo del estudio que se plantea, y dobligar la fuerza de esta posible crítica. Téngase en cuenta, además, que la ley, a la cual se encuentra indefectiblemente sometida la Administración en todo su actuar exige, cuando menos, de una cierta puesta en relación del llamado elemento normativo del dominio público con el significado de la limitación a la creación particular de nuevas figuras jurídico-reales.

La tipicidad de los derechos reales, concebida a tales efectos, funcionaría como correlato de la oponibilidad, de la eficacia frente a terceros que se atribuye a las relaciones jurídico-reales, de modo que sólo en los casos abordados normativamente pueda lograrse tal resultado. En consecuencia, la infracción del principio, el incumplimiento en el supuesto de los presupuestos regulados para tal o cual derecho real, no incorporará, de suyo, la nulidad de la fórmula sino tan sólo su eficacia meramente personal. Quede claro, reitero, que el *numerus clausus* no se basa en la mera enumeración, en el nombramiento de las figuras que hayan de gozar de efectos frente a terceros no contratantes, sino en la fijación del contenido sustantivo que ha de distinguir cada una.

Al vincular el principio de tipicidad de los derechos reales con el sustrato de oponibilidad que de ellos se predica surge, sin dificultad, cuán diferente es, en este punto, la razón que ampara los derechos reales sobre el dominio público.

Fijándonos, en primer lugar, cómo no puede ser de otro modo, en la titularidad demanial pública, resulta obvio que la ley constituye patrón de

---

jurídico (cfr. arts. 2 LH y 7 RH) presupone la satisfacción de determinadas exigencias estructurales, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real configurado, la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico, etc. Por ello, sin prejuzgar la validez *inter partes* de estas previsiones restrictivas cuando no traspasen los límites que en el campo del derecho de obligaciones se señalan a la voluntad privada, su pretendida operatividad jurídico-real deberá ser excepcionada cuando no resulten cumplidas aquellas exigencias estructurales aludidas» (Resolución de 5 de junio de 1987). En suma, en el ordenamiento español se impone una suerte de tipicidad no ya legal, sino causal (cfr. ROMÁN GARCÍA, *La tipicidad en los derechos reales. Autonomía privada en la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídico-reales. Sistema de numerus apertus, sistema de numerus clausus*, Madrid, Montecorvo, 1994, pág. 83), en cuya virtud la lista de los derechos reales estará abierta a cualquier nueva modalidad que se inspire en un interés preeminente y digno de protección; básicamente, la circulación de la riqueza o la necesidad de atender a nuevos fenómenos negociales, desconocidos por el legislador y similares a los ya incorporados. Y, por ello mismo, si la figura pretendida conculcara el orden público vigente o sirviera para eludir la aplicación de la normativa imperativa para derechos afines, no podría adoptarse.

conformación cardinal de su régimen, empezando por la definición, la determinación genérica de aquellos bienes sobre los que esa titularidad ha de sustanciarse. Pero, a partir de ahí, éste que se denomina elemento normativo del dominio público nada tiene que ver con la tipicidad de los derechos reales del orden civil, como de la mejor manera acredita la imposición objetiva de la condición demanial, del estatuto de la propiedad pública.

Efectivamente, aunque se declare la oponibilidad de los derechos reales, que opera en la materia, como se ha dicho, fundamentando el *numerus clausus*, resulta aquél un concepto inescindible del de publicidad, entendida ésta como el efectivo conocimiento o, cuando menos, la posibilidad —mucho mayor en este entorno, dado el carácter inmediato de la relación de aprovechamiento respecto de la cosa— de que los terceros conozcan de su existencia. En este sentido, la materialidad del bien favorecería el conocimiento de la relación o relaciones en presencia, constituyendo, a la postre, el factor clave que otorga carta de naturaleza a los derechos reales.

Tratándose de bienes del dominio público, consiste éste, en cambio, en un marchamo que habría venido justificando, siquiera hasta la promulgación de la Ley 33/2003, la puesta a salvo de la titularidad estatal de la buena fe triunfante de terceros (43). Si el dominio público se declara inalienable y, de ahí, inembargable e imprescriptible, cualquier excepción al régimen, para su claridad, habría de incorporarse en su mismo contexto normativo, como,

---

(43) Cfr. CLAVERO ARÉVALO, *ob. cit.*, pág. 76 y sigs.; FORNESA RIBÓ, «Eficacia del título hipotecario sobre parcelas de zona marítimo-terrestre. Especial referencia a los terrenos ganados al mar», en *Revista de Administración Pública*, núm. 46 (1965), págs. 140 y sigs.; y GONZÁLEZ PÉREZ, «Los efectos de la inscripción de los actos administrativos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 74 (1974), pág. 29 y sigs. Este último autor, pese a compartir que la inscripción registral no valía para convertir lo que era dominio público en propiedad privada, siendo nulo, por los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad, cualquier título de propiedad particular sobre el demanio por más que constare inscrito, manifestaba su preocupación hacia el resultado. Y es que la congruencia con una ortodoxa concepción del dominio público daría al traste con la expectativa de los terceros, quienes, salvo en muy contadas ocasiones, no dispondrían de los medios para conocer sobre la demanialidad del bien; «porque, en efecto, el dominio público —cualquier dominio público, incluso el más «natural», salvo supuestos excepcionales— no aparece claramente delimitado en la realidad. Que un terreno sea o no zona marítimo-terrestre, por ejemplo, depende de circunstancias tan contingentes que resulta imposible conocerlo con exactitud, ni siquiera por aproximación. Por lo tanto, cuando una persona, física o jurídica, nacional o extranjera, adquiere en las zonas del litoral un terreno —incluso, edificado, y edificado a veces por un monumental rascacielos— no sabe —ni tiene por qué saber— que aquello es dominio público. Le bastará con acudir a los Libros del Registro para verificar si le vende el que es propietario» (*idem*, pág. 34, n. 30). Con un agravante, por tanto: que el bien se encuentre inscrito a favor del transmitente como si estuviera dentro del comercio ordinario. Se imponía, en consecuencia —decía premonitoriamente— «un serio replanteamiento del tema. Si es preciso, a nivel normativo, a fin de que se promulguen las disposiciones necesarias para que se respete la seguridad jurídica y, de este modo, se restablezca el equilibrio entre las prerrogativas y las garantías, sin las que no puede hablarse de Derecho Administrativo».

se dice, parece colegirse de la nueva normativa (44), no exenta, con todo, de críticas (45).

En la consideración precedente, el elemento normativo influye de similar forma en cuanto a los derechos reales previa concesión (46). Téngase presente que cuando se habla de dominio público y, por extensión, de sus requisitos, no se pone el enfoque en una concreta titularidad sino más bien en el especial estatuto, de Derecho Administrativo, de los bienes afectados al uso o servicio público.

Respecto de la Administración, la ley será, pues, la que ponga las bases para el régimen de las concesiones que haya de otorgar, sin tener que estar al elenco de fórmulas conocidas, aun personales, del Derecho Privado, limitación que si bien parece absurda para cuando el legislador se despache expresamente sobre un modo concreto de instrumentación —dado su carácter soberano en cuanto a la modificación o introducción de nueva normativa—, no lo es tanto si la legislación sectorial apenas se pronuncia al respecto.

En cuanto a los concesionarios, pero sobre todo al resto de particulares, que pudieran más tarde o temprano alegar un derecho sobre el bien bajo concesión, es evidente que el régimen de exorbitancia se aplicará sobre ellos limitando sus expectativas. Y es que no puede admitirse que por esta vía acabe resultando gravado, ni mucho menos transmitido, parte del dominio público. Además, sobre la situación de las obras, construcciones o instalaciones realiza-

---

(44) En este proceso de «salida a la luz» del dominio público, en referencia no ya a una concreta titularidad patrimonial, sino a todo un estatuto normativo, el primer hito lo constituyó la modificación del artículo 5.º del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, que habría pasado de exceptuar de inscripción los bienes del dominio público a permitirlos con carácter general, y siempre conforme a la legislación sectorial de referencia. Luego, la citada Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas habría venido a disponer el deber de éstas de inscribir «en los correspondientes registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros», inscripción sólo potestativa «en el caso de arrendamientos inscribibles conforme a la legislación hipotecaria» (art. 36.1). La inscripción se solicitará por el órgano que haya adquirido el bien o derecho, que haya dictado el acto o intervenido en el contrato que deba constar en el registro o, en su caso, por aquel al que corresponda su administración y gestión, amplitud favorecedora (art. 36.2). Además, como medida para alcanzar un óptimo volumen de registración, se dispone algo desconocido tratándose de derechos particulares: el deber, a su vez, de los registradores de la propiedad, cuando tuvieren conocimiento de la existencia de bienes o derechos pertenecientes a las Administraciones públicas que no estuvieran inscritos debidamente, de comunicárselo a los órganos a los que concierna su gestión, para que por éstos se inste lo que proceda (art. 39).

(45) Cfr. SERRERA CONTRERAS, «Inscripción de los bienes de dominio público», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 697 (2006), pág. 1975 y sigs.

(46) O concesionales, en el decir de GARCÍA DE ENTERRÍA (cfr. «Sobre la imprescriptibilidad del dominio público», en *Revista de Administración Pública*, núm. 13 [1954], pág. 40; también en *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 131).

das por el concesionario, MARIENHOFF advertía que desde que «no son otra cosa que la materialización o expresión del derecho de uso especial emergente de la concesión, para determinar si las mismas pueden ser hipotecadas, vendidas o adquiridas por terceros mediante prescripción, es menester averiguar si, de acuerdo, con las normas o principios de Derecho Público aplicables, esos actos son o no posibles» (47); tarea en la que ineludiblemente se habrá de estar a los desenvolvimientos que se derivan del extendido fenómeno de privatización y liberalización de infraestructuras y servicios públicos, aquí ya sucintamente comentado. Es así que tal conclusión difícilmente pueda compartirse si la ocupación del espacio público trae causa, se vincula con el desarrollo de obras e infraestructuras, en orden a la escisión que se propone entre titularidad y afectación como técnica concebida mayormente para estos proyectos. En su virtud, la afectación pasará a operar como una limitación de la propiedad, ahora, sin dudas, privada, sin llegar a impedir que un tercero pueda invocar un mejor derecho sobre los bienes que se incorporen o destinen al servicio por el concesionario, si es que en modo alguno hubiera podido tomar conocimiento del vínculo de destinación que lo afectaba.

En último lugar, corresponde que nos ocupemos de los derechos reales administrativos sobre bienes de propiedad particular. Dada su naturaleza de gravamen, la previsión legal tiene que ser aquí específica, sin que los órganos de la Administración se encuentren genéricamente facultados para la imposición de una relación de esta clase por fuera de una habilitación expresa de referencia. No cabe, entonces, como sí sucede para las meras restricciones administrativas, que una norma reglamentaria resulte la que disponga sobre la eventual constitución del derecho real (público) que sea.

#### IV. AFECTACIÓN, DEMANIALIDAD Y DERECHOS REALES

##### A) INMEDIACIÓN Y ABSOLUTIVIDAD, SUSTRATO DEL DERECHO REAL

En el derecho real cabe observar dos aspectos que funcionan simétricamente: el aspecto interno o inmediación y el externo o absolutividad. A partir de su análisis conjunto, el derecho real se define como esa clase de derecho patrimonial que confiere un poder inmediato sobre una cosa, a results del cual ésta queda plena o limitadamente afectada al interés de su titular, debiendo el resto de la comunidad abstenerse de perjudicar su disfrute o impedir su ejercicio.

Al subrayar que el derecho real refleja un poder inmediato y directo sobre una cosa, ello se hace en el sentido de que los beneficios que derivan de ese

---

(47) *Tratado...*, cit., V, § 1827, pág. 459 y sigs.

poder se disfrutan y obtienen sin intermediación, sin la necesidad de obrar de otra persona. Supone el dato puramente diferencial con los derechos personales.

Si la inmediación, como se dice, hace al derecho real, la corporeidad sería, por consiguiente, su primer y fundamental requisito objetivo. Se descartan, así, los bienes de orden inmaterial, categoría en la que se integra todo derecho de contenido patrimonial, personal o real, e igualmente la propiedad llamada intelectual, con inclusión de sus especialidades comerciales. Asimismo, cuando la cosa no existiera, todavía no se hubiera producido, o aun no se hubiera concretado, no podría haber, en puridad, ningún derecho real: habría, a lo sumo, un derecho personal, eventualmente consistente en el hecho de otro, pero ningún posible vínculo de directa afectación mientras tanto.

La absolutividad, en cuanto segundo factor, alude a la eficacia frente a terceros del interés patrimonial que subyace al derecho real, alcance al que en modo alguno arribaría de no ser por su exteriorización como atributo de reconocimiento. Sin esa manifestación, los terceros no tendrían medio de advertir sobre su existencia, no teniendo, en justicia, que respetarlo. La titularidad jurídico-real debe, pues, ostentarse, lo que, en definitiva, tiene lugar mediante la posesión (publicidad material) o mediante la inscripción en los Registros creados al efecto (publicidad institucional).

La cualidad absoluta de los derechos reales influye, así, a partir de los postulados de prioridad y reipersecutoriedad. Por el primero, quien constituya antes su derecho real sobre una cosa se habrá de imponer frente a quien no albergue derecho alguno, o teniéndolo, lo adquiera más tarde; por el segundo, el titular de un derecho real gozará de la inderogable facultad de perseguir la cosa, de exigir la retribución de sus utilidades, allá donde se halle y frente a cualquiera que la tenga.

#### B) LA MEDIATIZACIÓN DE LA FÓRMULA REAL POR EL INSTITUTO ESTRICTAMENTE PÚBLICO DE LA AFECTACIÓN

Frente a los dos principios en que se funda la noción de derecho real, relativos a su inmediación y alcance *erga omnes*, todo el Derecho de cosas públicas se construye a partir de la idea de afectación, en cuanto vínculo de destinación al uso o necesidades públicas. Sucede ello tanto en los ordenamientos arraigados en el modelo francés del *domaine public*, siendo el español uno de ellos, como en el sistema alemán, donde la afectación se erige en matiz primordial, a su vez, independiente de a quien corresponda el bien en propiedad.

En cuanto elemento medular, no cabe comprender la afectación desde una perspectiva puramente estática, a partir de la norma legal o acto de concreción

por el que se destine, como digo, un bien a la utilidad pública. Al contrario, se trata del patrón que cohesiona todo el régimen de las cosas públicas predeterminando hasta sus últimas consecuencias. Desde esta dinámica, la afectación se comporta como el factor que condiciona cada una de las facultades materiales que suelen señalarse para los derechos reales, con el de propiedad a la cabeza. Ningún uso podrá permitirse, ni siquiera a quien se repunte como titular o propietario, que no se conforme con el destino de la cosa; ningún aprovechamiento especial, ningún disfrute podrá autorizarse si resulta contrario al fin al que el bien se encuentra vinculado; como no será válido ningún acto de enajenación sobre un bien no desafectado, por encontrarse destinado todavía al uso, directo o indirecto, de la comunidad.

Así considerada, debemos preguntarnos: ¿la incidencia, *in totum*, de la afectación descarta cualquier aplicación de la noción de derecho real? ¿Es posible conciliar ambos conceptos? Ya BERTHÉLEMY había sostenido que los bienes públicos no eran susceptibles de propiedad, por cuanto no puede concebirse este derecho allí donde el Estado no tiene el *usus* (que le corresponde en todo caso a la colectividad), el *fructus* (porque el uso común sobre tales bienes es, de ordinario, gratuito) ni el *abusus* (pues debe conservarlo) (48); idéntica conclusión a la que se llega de estimar titular al pueblo, que sólo puede usar de las cosas públicas de acuerdo con la reglamentación y carece del más básico poder de disposición.

Ahora bien, no parece apropiado afirmar o negar tal o cual naturaleza para el dominio público a partir de su comparación con las facultades que integran el contenido típico de la propiedad privada, supeditada, como está, a otros valores inmediatos. No sólo por lo confuso de la transposición —no se olvide que en sus orígenes habría sido la propiedad civil la que hubo de derivar de la propiedad pública, y no al revés— (49), sino porque ni siquiera en el seno de la doctrina civilista se define el derecho de propiedad a partir de las facultades que, se dice, lo componen. Una enumeración completa de estas facultades, además de imposible —se indica—, «no expresaría la esencia de la propiedad, pues este derecho no sólo puede prescindir ocasionalmente de muchas de ellas, sino que, en la situación actual de sujeción del interés privado al público en tantos aspectos, las facultades varían según la naturaleza de la cosa en propiedad (casas, campos, árboles, solares, obras de arte, etc.), sin que por ello mude de naturaleza el derecho, cuyas facultades no son un *prius*, sino un *posterius*: cobrando vida a partir de la propiedad, por

---

(48) Cfr. *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, Rousseau, 1916, pág. 414.

(49) Cfr. RIGAUD, *La théorie...*, cit., pág. 256. En efecto, en la evolución del concepto, el primer estadio habría conducido desde la propiedad colectiva de los pueblos primitivos a la propiedad individual, primero de los bienes muebles y luego de las fincas, rompiéndose paulatinamente los vínculos que sujetaban éstas a la comunidad (cfr. LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, pág. 221).

lo cual no podrían servir para definirla» (50). Haciendo conveniente abstracción, la propiedad habría de entenderse mejor como el «derecho más pleno posible sobre una cosa», constituyendo esta «plenitud potencial de dominación» lo insuprimible del concepto (51).

De todo lo anterior se deduce que la afectación, como particularidad que se imprime a cada una de las manifestaciones materiales del demanio, es perfectamente compatible con la esencia de la propiedad, por especial que nos resulte cada una de ellas en su relación con las facultades análogas civiles; véase cuánto se expresara en páginas anteriores sobre la influencia de la facultad de disposición en esta sede. Pero, aún más. Si existe propiedad, no obstante la afectación, y es la afectación la que condiciona todo su estatuto, el principio ha de extenderse por igual respecto de otras situaciones compatibles con el objeto de la afectación, por lo que las potestades inherentes a los derechos reales relativas a la directa realización del interés económico implicado y la exclusión de terceros, podrán desplegarse asimismo sobre bienes del dominio público en la medida en que se ajusten al destino que de tales bienes se predique.

#### C) LA SUSTANTIVIDAD DE LA AFECTACIÓN COMO SITUACIÓN JURÍDICO-REAL AUTÓNOMA

Conforme a lo subrayado en estas páginas, parte el ordenamiento de la imposibilidad teórica en cuanto a la concurrencia del dominio público y la propiedad privada. Todo el régimen del demanio hace al Derecho Público no dejando ningún espacio para la constitución de derechos civiles sobre los bienes sujetos a él. Sin embargo, la clásica teoría del dominio público no basta para contener dentro de sus estrictos parámetros el fenómeno de la afectación, el cual puede observarse, autónomamente, a saber, sin correlato dominial alguno, respecto de ciertos bienes privados (52).

---

(50) LACRUZ, *ídem*, pág. 232. Vid., asimismo, DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, págs. 241-242.

(51) LACRUZ, *ídem*, págs. 233-234.

(52) Junto a la dimensión, de tinte paralelo o, si se prefiere, alternativa a la dominialidad, a la que se dedica el presente epígrafe del texto, la afectación puede responder a otra puramente contradictoria, lo que se observa en el ámbito de la expropiación. Téngase en cuenta que, en este entorno, la afectación, como relativa a una situación de los bienes respecto del fin de la expropiación, no tiene relación directa con el demanio. Hasta tal punto que puede haber una superposición de afectaciones, como cuando se le da al bien expropiado un fin de utilidad pública distinto al que motivara la expropiación, claudicando ésta frente a aquélla. Y es que, si un bien expropiado para un fin terminara destinándose para otro, sin haberse, cuando menos, provisto antes a aquél, no se alteraría su condición demanial, pero sí se daría una causa de nacimiento del derecho de retrocesión, derecho que «actúa no sólo a pesar de las enajenaciones privadas del bien, sino incluso conservando su carácter demanial» (PÉREZ MORENO, «Fundamentación del derecho de reversión en

Frente al más reciente derivado de la necesidad de mejorar las condiciones de financiación para las obras y grandes proyectos públicos, comentado al tratar de la inalienabilidad del dominio público como invocado motivo impediendo para el reconocimiento de los derechos reales administrativos, quizá el caso más paradigmático sea el de los bienes adscritos por el concesionario de un servicio público, para los que conviene en declararse su indisponibilidad: tanto para el propietario, que no puede enajenarlos si no es en relación con la prestación del servicio, como para terceros, que en principio no podrán embargarlo mientras se precisen para que el servicio siga prestándose.

La afectación, en cuanto destinación efectiva, de los bienes a un servicio de utilidad pública representaría, pues, el fundamento de este muy especial marco de indisponibilidad. Pero, ¿cuál sería, más propiamente, su vía concreta de instrumentación?

Sobre el particular, una influyente corriente doctrinal aboga por la idea de que la afectación se traduce en una vinculación real, por dirigirse a la cosa misma y mantenerse, frente a cualquier título civil, en atención a la necesaria continuidad de los servicios públicos, al margen, por tanto, de quien sea su propietario (53). En el plano histórico, básicamente feudal, se recuerda que las vinculaciones implicaban la sujeción de un bien raíz o de varios bienes a la propiedad, o, tal vez mejor, a la posesión de una determinada familia, o de determinados sucesores en forma perpetua. El instituto, por tanto, se cimentaba en dos condiciones: la inalienabilidad y la inalterabilidad en el orden de suceder. En efecto, la persona a quien correspondía un bien vinculado aunque recibiera el nombre de propietario, en verdad no tenía el dominio de tales bienes, por cuanto carecía del derecho de disponer ciertamente esencial en el dominio. Por otra parte, las cosas vinculadas estaban fuera del comercio y excluidas de la prenda común de los acreedores. Los mayorazgos eran la vinculación por antonomasia. Comprendían el derecho de suceder en los bienes dejados por el fundador con la condición de que se conservaran íntegros y dentro de la familia, de modo que pudiera adquirirlos el primogénito más próximo por orden sucesorio.

Conceptualizada así, la vinculación resultó difícilmente conciliable con los postulados liberales de la nueva legislación. Sin embargo, casi un siglo después, su técnica podrá volver a observarse, muy cambiada, en la regula-

---

materia de expropiación forzosa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 54 [1967], pág. 140).

(53) Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *ob. cit.*, pág. 56; DE LA VALLINA VELARDE, *Régimen jurídico-administrativo del servicio público telefónico*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1971, pág. 92 y sigs., aunque, con mayor especificidad, repercusión y desarrollo, ARIÑO ORTIZ, *La afectación de bienes al servicio público*, Madrid, Escuela Nacional de la Administración Pública, 1973, pág. 64.

ción urbanística. La calificación, la determinación de una zona del territorio, como urbana, rural o urbanizable no supone más que la vinculación del suelo a un determinado estatuto, de contenido francamente restrictivo con respecto a las facultades genéricas de la propiedad (54).

Con tales premisas, ARIÑO da un paso más, al destacar el componente activo de la relación. A su juicio, la vinculación de bienes privados a un destino público no habrá de impedir la enajenación del bien afectado con tal de «que se respete la carga de la afectación» (55). Con lo que la afectación acabaría traduciendo en un gravamen en garantía de una actividad, asegurando la incorporación y aplicación del bien, de forma que todo aquel que lo adquiriera, estando todavía afectado, quede igualmente comprometido respecto de aquella actividad. Extremando su apreciación, la vinculación se trataría, en puridad, de un derecho real *in faciendo* (56).

Recuérdese que los derechos reales *in faciendo* aluden a la eventualidad de un derecho real que conlleva a favor de su titular una conducta, una prestación positiva a cargo de quien sea poseedor o propietario del bien gravado en cada oportunidad. Se perfila como una hipótesis excepcionalmente admisible en virtud de los patrones clásicos que singularizan a los derechos reales. Si el sustrato jurídico real parte de la intermediación persona-cosa, el hecho de que el interés vinculado conste dependiendo del cumplimiento personal de una prestación ha de desacreditar, abiertamente, la faceta.

Ahora bien, no debe localizarse el motivo de impugnación en la legislación civil, entre otras razones, por cuanto se expresó al hilo del *numerus clausus*; las reglas del Derecho Administrativo bastan. Justamente, si se diese en la hipótesis la nota de ambulatoriedad de los derechos reales *in faciendo*, «debería trasladarse al adquirente la obligación de prestar el servicio, y parece muy claro que esto no puede ser así, puesto que es el gestor el obligado por el vínculo contractual a la prestación del servicio. Esta obligación tan sólo puede trasladarse con el consentimiento de la Administración —titular del mismo, en definitiva— y siguiendo las normas legales previstas para la adjudicación a un sujeto de esta obligación a cambio de las contrapartidas que

---

(54) Según hacen notar PÉREZ MORENO (cfr. *ob. cit.*, pág. 139) y PAREJO ALFONSO (cfr. «Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general», en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102 [1983], págs. 2418-2419).

(55) *Ob. cit.*, págs. 74-75.

(56) Cfr., de la misma opinión: LÓPEZ PELLICER, «La concesión de servicios locales», en LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ, *La concesión administrativa en la esfera local: servicios, obras y dominio público*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1976, págs. 164-165; ARIMANY LAMOGLIA, «Situación jurídica de la Administración respecto de los bienes sujetos a reversión en la concesión administrativa de servicio público», en *Revista de Administración Pública*, núm. 92 (1980), pág. 182; y VERA JURADO, «El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público», en *Revista de Administración Pública*, núm. 109 (1986), pág. 229.

en su caso establezcan» (57). En el caso, se percibe, entonces, «una disociación subjetiva entre la obligación de prestar el servicio y la propiedad sobre los bienes que al mismo están afectos, y ello porque son distintos los factores y momentos constitutivos de una y otra: la obligación de prestar el servicio lo es en virtud de un contrato y cuando éste se perfecciona; el derecho real —carga para el propietario— se constituye con la afectación, que no ha de coincidir cronológicamente con la perfección del contrato» (58).

Limitadamente, pues, pero sin alejarnos de la comprensión jurídico-real del fenómeno, la situación jurídica del tercer adquirente consistirá en respetar el destino del bien afectado, sin poder dar al bien un destino patrimonial y funcional distinto del que tiene. En este sentido, se ha advertido que el deber de continuidad del servicio público no puede ser afectado por la transmisión del bien, pudiendo oponer la Administración su «derecho real de afectación, contra cualquier pretensión reivindicatoria del adquirente», por cuanto «el destino del patrimonio a una finalidad pública tiene una supremacía absoluta sobre cualquier situación jurídica privada» (59). Sin embargo, no parece, de conformidad con lo expresado más arriba, que ese derecho reconocido a la Administración haya de triunfar, en todo caso, sobre la buena fe del tercero adquirente, a modo de contrapeso de la flexibilidad que, en lo demás, incorpora la afectación.

## V. ÁMBITO FUNCIONAL DE LA CATEGORÍA

### A) EL ELEMENTO TELEOLÓGICO COMO PIEDRA DE TOQUE

Hemos visto cómo el foco de atención para el nacimiento del concepto de derecho real administrativo se habría puesto en la situación jurídica del concesionario. Quizá HAURIUO, para evitar acumular críticas contra su concepción acerca del dominio público, habría rehusado componer una teoría con otra, evitando tratarlas en su conjunto (60). No quede duda, con todo, de que su planteamiento favorable a la aplicación de la noción jurídico-real en sede administrativa se estructura en torno al dominio público como propiedad, en la amplia perspectiva que se encargaría de plasmar RIGAUD en su defensa. El

---

(57) ESTEVE PARDO, «Consideraciones sobre la afectación de bienes al servicio público a partir de las llamadas afectaciones *a non domino*», en *Revista de Administración Pública*, núm. 113 (1987), págs. 203-204.

(58) *Idem*, pág. 204.

(59) En el parecer de VERA JURADO (*ob. cit.*, pág. 237), el cual no se muestra del todo compatible con la opinión previa que comparte acerca de la dimensión *in faciendo* del fenómeno.

(60) Téngase en cuenta que ya en la primera edición de su *Précis*, en 1892, había afirmado la naturaleza del dominio público en cuanto propiedad.

dominio público no constituiría sólo un derecho real administrativo, sino el derecho real administrativo por excelencia, cuyos históricos problemas de calificación vendrían dados por la misma razón —la afectación en provecho público— que hace especiales a los demás derechos que sobre los bienes del demanio pueden darse.

Valga lo anterior, pues, como premisa en torno a la visión que se ha de considerar más acertada acerca del ámbito de aplicación de la teoría de los derechos reales administrativos. Todos los derechos que tanto un ente público como una persona particular puedan invocar sobre un bien incorporado al demanio, por someterse al estatuto exorbitante que protege a éste, han de entrar de suyo en la categoría (61).

Sin embargo, es precisamente por la incidencia de ese régimen especial, basado en la idea de preservación de los intereses colectivos frente a los más estrictamente privados que puede —y debe— extenderse el concepto respecto de ciertas figuras que, con un contenido patrimonialmente autónomo, se proyectan en la legislación sobre bienes de propiedad particular para la satisfac-

---

(61) Con GARRIDO FALLA, «hay que entender que un derecho real debe calificarse de administrativo siempre que, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del sujeto o del objeto, presente peculiaridades respecto a su régimen jurídico que contrasten con el establecido en el Derecho civil» (*Tratado...*, cit., pág. 340). Para GONZÁLEZ PÉREZ, en cambio, sólo han de reputarse administrativos los derechos reales que recaen sobre un bien del dominio público. Sin embargo, se pregunta si no es posible concebir derechos reales administrativos sobre bienes de propiedad privada. «Si a favor de los particulares se reconoce la existencia de derechos reales administrativos sobre el dominio público, ¿por qué no van a existir derechos reales administrativos sobre bienes de propiedad privada?» Y, contestando, recuerda que «es indiscutible que, a favor de las entidades públicas, se reconocen derechos reales sobre bienes de propiedad privada; existen derechos de goce —v. gr., servidumbres—, derechos de garantía —v. gr., hipotecas legales a favor de la Hacienda Pública—, derechos de adquisición —v. gr., tanteos y retractos legales—. Ahora bien, el problema está en si en estos casos se da realmente el régimen exorbitante del Derecho común característico de los derechos reales administrativos o si, por el contrario, estamos en presencia, lisa y llanamente, de derechos reales privados». Pues bien, tales derechos, al menos en la mayoría de los casos, serían derechos privados, al no plantear en su régimen diferencias esenciales respecto de los respectivos tipos que son comunes del Derecho Privado. Sin embargo, opina, «existiría un grupo de derechos reales a favor de la Administración Pública que ofrece ciertas especialidades. Son aquellos que se establecen en razón del dominio público, cuando el dominio público aparece en escena como predio dominante en una servidumbre real. Porque resulta indudable que si el dominio público puede aparecer como predio sirviente en una servidumbre de naturaleza administrativa, también puede ser predio dominante» (*Los derechos reales...*, cit., págs. 35-36). No obstante, el argumento no parece conclusivo; primero, porque es obvio que toda servidumbre administrativa se constituye conforme al Derecho Público, no siendo imprescindible, según aquí se dirá, que exista fundo dominante; segundo, porque la circunstancia de que un bien público pueda quedar gravado en beneficio de otro de igual naturaleza, aunque, entendiéndose, titularidad de una Administración diferente, no aleja la hipótesis de aquella supuesta premisa por la que sólo el dominio público puede predicarse objeto de los derechos reales administrativos.

ción de aquellos (62). La constitución coactiva en sede administrativa y la nota de inalienabilidad, junto con las otras dos que de ella se derivan, relativas a la inembargabilidad e imprescriptibilidad de los bienes públicos, se despliegan asimismo, y por la razón que se explica, de estos derechos, que, por serlo, también gozan de la consideración de bienes públicos. Obviamente, no se trata de derechos patrimoniales plenos, porque, si lo fueran, plasmarían un caso de dominio público. Al contrario, constituyen derechos limitados, en la medida en que su objeto de definición económica se solventa a través de una repercusión menor sobre el bien gravado, apta para colmar el interés o necesidad general en presencia.

La misma finalidad que se cumple mediante el estatuto del dominio público, en consecuencia, estaría cumpliéndose a través de estos modelos limitados en su relación con el derecho de propiedad pública pero, a su vez, limitativos con respecto a la propiedad privada. El Código Civil italiano los denomina, exactamente, derechos demaniales sobre bienes ajenos. En esta dirección, su artículo 825 declara que están igualmente sujetos al régimen del dominio público los derechos reales que corresponden al Estado, a las provincias y a los municipios sobre bienes pertenecientes a otros sujetos, cuando dichos derechos se constituyen para la utilidad de alguno de los bienes del demanio «o para la consecución de fines de interés público equivalentes a los que sirven esos mismos bienes». A partir del precepto, «la doctrina italiana distingue dos tipos de *diritti* o *asservimenti pubblici*: a) las servidumbres administrativas *stricto sensu* en las que siempre hay interrelación predial, ya que se trata de derechos constituidos sobre un predio sirviente, público o privado, a favor de un bien de dominio público (dominante) que pertenezca a un ente distinto del titular del predio sirviente (en caso de que éste también sea demanial); y b) los *diritti di uso pubblico*, que son los constituidos para la consecución de fines de interés público pero no para la utilidad de un predio dominante... Ambas figuras son derechos reales que integran el dominio público y se benefician de la protección demanial exorbitante» (63).

En España, por su parte, el precedente hubo de influir para que empezara a tratarse sobre la utilidad de reconocer toda una categoría de *iura in re aliena* dentro del demanio. Ello, en primer lugar, habría de propender, por facilitar su incardinación sistemática, al estudio de las servidumbres administrativas, instituto nunca acabadamente comprendido; y, en segundo lugar,

---

(62) La afectación como vinculación jurídico-real, en función de los argumentos ya enunciados, habría de entrar en la categoría, con tal de que se repare en la fuente meramente doctrinal de la inferencia, de suyo, conflictiva.

(63) CARRILLO DONAIRE, *Las servidumbres administrativas: delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico*, Valladolid, Lex Nova, 2003, págs. 116, nota 174, y 194-195, con cita de destacada bibliografía.

porque de admitirse sin ambages la fórmula podría evitarse excluir al propietario, expropiar absolutamente la propiedad, si el destino público que procurarse al bien pudiera conseguirse mediante la constitución, obviamente con menor desgaste indemnizatorio, de un derecho menor (64). El reconocimiento, así, de derechos demaniales distintos al dominio pleno sobre la cosa —se apunta—, no representaría «un riesgo de desbordamiento del régimen de la demanialidad, sino, más bien, una firme apuesta por la necesaria racionalización del mismo, cuyo primer requerimiento es, probablemente, admitir la existencia de regímenes demaniales diversificados en función de los diferentes tipos de bienes y derechos sobre los que la categoría se proyecta» (65). Pretende contestarse, de esta manera, al argumento contrario a la tendencia fundado en la necesidad de contener la que ha venido a denominarse *vis expansiva* de la demanialidad, que, cuantitativamente, «conduce a una propagación del régimen de la propiedad pública a bienes que muy difícilmente encajan en el molde tradicional, pero para los cuales resulta muy conveniente extender las potestades y exorbitancias clásicas» (66); poniéndose como ejemplos el espacio radioeléctrico, la energía electromagnética o, incluso, las invenciones intelectuales (67). No obstante, resulta, justamente, al revés: la afectación como exclusivo pero eficaz título de intervención administrativa, emerge hoy en cuanto válida alternativa frente al escaso valor de mantener a ultranza la técnica de la demanialidad; en función no sólo del problema de adaptación a esas nuevas clases de bienes (68), sino por la necesidad de

---

(64) Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Breves reflexiones sobre el objeto del demanio: los *iura in re aliena*», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 35 (1982), pág. 655.

(65) CARRILLO DONAIRE, *ob. cit.*, pág. 122.

(66) MOREU CARBONELL, «Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las “obligaciones de dominio público”», en *Revista de Administración Pública*, núm. 161 (2003), pág. 447. Tomando el específico ejemplo del declarado dominio público radioeléctrico, «más que un bien es un espacio que, además, pudiera estar vacío y sólo se crea o existe cuando es cruzado por ondas. La delimitación de ese espacio no depende del Estado titular, sino de lo que resulte de los convenios internacionales que regulan aquel tráfico de ondas. Tampoco es sencillo, aun en el marco de dichos convenios, saber de las dimensiones de aquel espacio. Seguramente la demanialización comprende desde el suelo a la estratosfera. Pero también hay que considerar que existen ondas transmitidas por los satélites con los que resulta demanializado extraatmosférico. Por otro lado, el derecho de exclusión del uso por terceros de ese bien aparece necesariamente limitado: por una parte es la Humanidad la “propietaria” de esos bienes; por otra, ningún Estado soberano puede impedir el paso de ondas radioeléctricas por su espacio, etc.» (MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Madrid, Civitas, 2004, págs. 1299-1299).

(67) Cfr. SÁINZ MORENO, *ob. cit.*, pág. 490.

(68) Siguiendo, así, con el régimen del espacio radioeléctrico, la reserva al Estado de la potestad para conferir derechos exclusivos de uso sobre esa *res communis omnium*, «no implica titularidad ni demanialidad alguna, puesto que tal reserva afecta a la legitimación del sujeto privado; sin la previa intervención estatal no hay más que derecho a un uso

aplicar instrumentos de financiación y gestión de las infraestructuras públicas hasta ahora discordantes con la dogmática del demanio (69).

## B) CLASIFICACIÓN

Resultando que las particularidades de régimen jurídico se dan tanto en derechos reales a favor de la Administración como en derechos reales a favor de los particulares, y tanto sobre bienes del dominio público como privados, GARRIDO FALLA propone la completa clasificación que sigue (70):

- Derechos reales de la Administración:
  - De carácter administrativo:
    - Sobre sus bienes propios: dominio público
    - Sobre bienes ajenos:
      - Servidumbres administrativas a favor del dominio público
      - Tanteos y retractos administrativos
  - De carácter civil:
    - Sobre sus bienes propios: bienes patrimoniales de la Administración
    - Sobre bienes ajenos:
      - Servidumbres civiles a favor de la Administración
      - Tanteos y retractos civiles
      - Hipotecas legales
- Derechos reales administrativos de los particulares:
  - Concesiones sobre dominio público
  - Tanteos y retractos administrativos

Según se ve, en la lista constan enunciados los derechos reales de los, que sometidos al orden civil, puede ser titular la Administración. Estos derechos *privados* que interesan, no cabe duda, por formar parte igualmente del patrimonio público, es verdad que aparecen condicionados por ciertas peculiaridades, entre ellas, como más relevantes las que limitan su libre enajenación, pero sin llegar a estar excluidos del tráfico jurídico común. Los bienes y derechos patri-

---

(autorizado) no excluyente» (FERNANDO PABLO, «Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad», en *Revista de Administración Pública*, núm. 143 [1997], págs. 132-133). Si, pese a todo, normativamente pueda declararse como dominio público, es para situar el objeto de regulación fuera del comercio, excluyendo el derecho de propiedad, de atribución privada, más bien, «sobre las frecuencias, pero también una exclusión del derecho a usar de forma absolutamente libre, y en todo caso sólo sujeto a autoridad de policía, las radiofrecuencias, al menos cuando se pretenda impedir a otro, en un territorio determinado, el uso de la misma» (*idem*, pág. 138).

(69) Cfr. MUÑOZ MACHADO, *ob. cit.*, pág. 1299.

(70) Cfr. *Tratado...*, cit., págs. 340-341.

moniales, como segunda categoría esencial de los bienes públicos, podrán estar vinculados al interés general, lo que desde luego justifica su existencia, pero sin trascender a un régimen de absoluta exorbitancia.

En cuanto segunda observación, por principio, no cabe reputar administrativo ningún derecho real de titularidad particular sobre un bien no demanial. Por tal razón, comenta GARRIDO, no puede serlo el que ostenta el concesionario de servicios públicos sobre sus bienes propios afectos a la explotación (71), aunque se antoja éste un extremo muy controvertido, no tanto por la calificación que haya de recibir esa titularidad como por la supuesta concurrencia en el caso de un gravamen real, marcadamente público, en cabeza de la Administración; a cuanto se ha expresado más atrás sobre la afectación como situación jurídica autónoma me remito. Sin embargo, donde creo que sí podría consagrarse la excepción al principio sería respecto del derecho de retrocesión, de reversión que se reconoce, precisamente, sobre los bienes expropiados cuando se hace toda dejación de la *causa expropiandi*, de modo especial por la declaración de la Administración al respecto o, directamente, por no ejecutar la obra o no establecer el servicio que motivara la expropiación; fundamentalmente porque, debiéndose de tener por desafectados entonces los bienes, el derecho del expropiado vendría a recaer sobre un objeto no demanial, de común régimen y naturaleza (72).

### 1. *Dominio*

Aun reconociendo su carácter de propiedad, son pocos los administrativistas que se han decidido por conceptuar el dominio público como derecho real. Parece como si las especialidades de la propiedad pública fueran de tal calibre que, sin llegar a rebatir la existencia de un auténtico poder de dominación en manos o a cargo del Estado, habrían de repeler avanzar en pro de

---

(71) Cfr. *Tratado...*, cit., pág. 341, nota 7.

(72) En este orden de cosas, debe huirse del concepto estricto de desafectación que emplea, tras su nueva redacción operada por la Ley de Ordenación de Edificación, el artículo 54 de la Expropiación Forzosa, en la medida en que la noción se halla en tal sede comprimida por las otras causales previstas para que opere el derecho de reversión. En este contexto, mientras que en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, se reputa, sin más, desafectación, el dejar de destinarse el bien demanial «al uso general o servicio público» (art. 69.1), en la de Expropiación Forzosa el término se incorpora en alusión a aquellos supuestos en que, implantado efectivamente el destino previsto —lo que, demás está decir, no puede ocurrir cuando no se lleva a cabo la obra ni se establece el servicio imprescindible para lograr cumplir el objetivo—, cesa la necesidad de ese destino o cambia por un motivo, también, de utilidad pública. Fíjese en lo impropio de no admitir la existencia de desafectación cuando es la propia Administración la que notifique al expropiado su propósito de no ejecutar la obra o establecer el servicio, como refiere con especificidad aquel primer artículo citado.

una definición jurídico-real del trasunto. Pero la operación es más simple. No se trata de comparar una y otra especie de propiedad, la pública y la privada. Antes bien, lo primordial, al estilo de lo ya efectuado en este trabajo, consiste en averiguar si las dos notas constituyentes del derecho real —inmediación y absolutividad— se encuentran presentes en el demanio. Sin la presencia concurrente de ambas, no habría derecho real, por mucho que la figura pudiera llegar a contener, siquiera en hipótesis, el conjunto de facultades materiales que se enseñan para el dominio (73).

En esta dirección amerita compartir el planteamiento de GUICCIARDI (74). Si en el derecho de propiedad como prototipo jurídico-real, dirá, se distinguen dos aspectos característicos y esenciales —uno interno, constituido por la relación entre el objeto y la cosa, y otro externo, a partir de las relaciones entre el titular y las otras personas a propósito de la cosa—, la diferencia entre el régimen de la propiedad pública y el de la privada, aparecería solamente respecto al aspecto externo del derecho, diferencia consistente en el hecho de que sea el Derecho Público o el Privado el que asume la protección de la propiedad con respecto a terceros. En cuanto al aspecto interno, vale decir la relación inmediata entre el propietario y la cosa, se hacía eco de la teoría por la que algunos la consideraban, por entonces, una simple relación de hecho, aunque también de la opinión de aquellos que no apreciaban mayores diferencias entre ambas formas de propiedad. No obstante, el autor agregaba que si la propiedad pública había de resultar de la idea de la propiedad civil transportada a la esfera del Derecho Público y modificada en consecuencia, no se alcanzaba a comprender por qué el carácter público no debía investir la institución en todos sus aspectos. Por otra parte, y frente a esta visión contaminante, no podría dejar de observarse que el goce de los bienes demaniales por la autoridad pública se produciría de una manera particular, de acuerdo con modalidades y efectos ignorados en el Derecho Privado. Con lo que GUICCIARDI terminaría por reconocer, también, la especialidad de la intermediación en el supuesto.

---

(73) Con este espíritu llega a comprenderse que haya, incluso, quienes negando su condición de propiedad, reconozcan la cualidad de derecho real del dominio público. A juicio de DÍEZ PICAZO, mismamente, mientras que es cierto que algunos de los derechos reales que son típicos de la doctrina del Derecho Civil, pueden aparecer cualificados por su pertenencia a la Administración Pública o por el hecho de ostentarse por alguna entidad administrativa, con variantes respecto de su régimen común, «en otros casos, en cambio, una relación o situación jurídica típica del Derecho Administrativo da lugar a formas de derechos reales, que son diferentes de aquellos de que conoce el Derecho Civil. En estos casos, el Derecho Administrativo constituye una especial fuente de nuevos derechos reales, que deben ser especialmente tenidos en cuenta». Han de referirse, así, «la titularidad de la Administración sobre los bienes del dominio público, que es una situación por completo distinta del derecho de propiedad, y el derecho de disfrute de bienes de dominio público derivado de una concesión demanial» (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, Madrid, Civitas, 1995, págs. 103-104).

(74) Cfr. *Il demanio*, Padua, Cedam, 1934, pág. 11 y sigs.

La, como aquí ha sido llamada, mediatización de las dos facetas que hacen al derecho real por la máxima, a su vez, de la afectación, es también la opinión que mantiene ZANOBINI, quizá más resueltamente (75). En este sentido, si el señorío jurídico en que radica el aspecto interno se muestra libre en el Derecho Privado, en el Público está jurídicamente determinado y concretado en torno al interés de la comunidad y a las funciones esencialmente asignadas a la Administración. Del mismo modo, mientras que el aspecto externo cifrado en el derecho de defender la cosa contra cualquier persona que usurpe la posesión o turbe el goce de la misma, se desenvuelve en el plano privado en condiciones de igualdad jurídica, en el Derecho público se realiza por medio de actos de soberanía, unilaterales y directamente ejecutivos de la Administración.

## 2. *Derechos de goce*

Los derechos de goce reciben su nombre por facultar al total o parcial aprovechamiento de una cosa. Estos derechos se distinguen por el modo en que hayan de limitar la propiedad que se tiene sobre el objeto gravado. Los de grado superior serán aquellos que, como el derecho de usufructo, uso, habitación o superficie, han de reducir considerablemente las utilidades con las que se quede el propietario, al que por ello arriba a llamarse nudo propietario. El derecho de servidumbre, por el contrario, procura a su titular un provecho menor sobre la cosa, sin impedir, más que en lo imprescindible, que su propietario la siga disfrutando; así, atravesar un fundo, obtener agua de una fuente, etc. La distinción tiene gran importancia, pues el carácter perpetuo sólo se llega a reconocer para las servidumbres, precisamente por no alterar, con su ilimitada vigencia, la función económica del dominio (76).

---

(75) Cfr. *Corso di Diritto Amministrativo*, I, Milán, Giuffrè, 1939, pág. 198.

(76) La incidencia de cada uno de estos derechos sobre las posibilidades económicas de la cosa se prefiere, por tanto, a la distinción que de la categoría propone GONZÁLEZ PÉREZ (cfr. *Los derechos reales...*, cit., pág. 39 y sigs.) entre los derechos de uso y los de disfrute: los primeros relativos a la utilización de la cosa misma; los segundos a la facultad de obtener los frutos y/o productos de ella. En cuanto a la tercera especie de derechos de goce que contempla, la de aquellos que implican el consumo de la cosa, no merecerían, como enseña el Derecho Común, una acepción diferenciada: la propiedad sobre los frutos o, más bien, productos, que depare un bien —atendiendo al ejemplo que pone el autor en torno a ciertos aprovechamientos especiales de aguas públicas— no dependen de un particular título atributivo sino de la naturaleza consumible de lo que se retire, exactamente igual a lo que ocurre con aquellos derechos, pretendidamente singulares, de disfrute. Y es, justamente, por ese carácter, que desde su separación del bien que hasta tal instante integraba, cuanto se extraiga se hace susceptible de propiedad privada (pues el consumo incorpora sí o sí disposición). Es así que BIELSA, al desarrollar el carácter de la inalienabilidad, hace reserva de las cosas que pueden separarse de un bien del dominio público «de

En el plano administrativo, el derecho de uso, disfrute o aprovechamiento que cabe obtener sobre un bien del demanio público por medio de concesión o autorización no conviene que se identifique genéricamente con ninguna de aquellas categorías del Derecho Privado. Dicho de otra forma: será lo convenido o impuesto por la Administración para el otorgamiento del pertinente título concesional, siempre de acuerdo a la ley, el que determine el contenido y amplitud de ese goce, pudiendo sólo a partir del título hacer las analogías del caso.

Sobre bienes del dominio particular, por su parte, la misma diferencia que justifica el diverso régimen civil entre el usufructo y la servidumbre, es la que impide que con respecto a tales bienes la Administración pueda imponer, por razón de interés público, un derecho de amplio contenido (77). Los derechos demaniales, como se denominan en el ordenamiento italiano, parecieran circunscribirse, básicamente, en torno a la fórmula de las servidumbres, que habilita a una utilidad sobre el bien gravado de incidencia menor; para una mayor limitación material de la propiedad, la única vía posible sería la expropiatoria.

El rasgo sustancial de estas servidumbres reside en el interés colectivo que subyace en su constitución, matiz que de por sí se mostraría suficiente como para impugnar la unidad de género, obviando la lisa y llana aplicación de la normativa común en la materia.

Efectivamente, aunque las servidumbres administrativas compartan con las del Derecho común —y dentro de ellas especialmente, las que, por su igual carácter obligatorio, pueden llamarse coactivas—, la naturaleza de gravamen,

---

modo tal que no se afecte el destino del mismo, v. gr., las flores, los árboles de los parques públicos, la arena de las playas, etc. Lo extracomercial de las cosas o las dependencias del dominio público es, pues —añadía—, relativo al uso normal según el destino mismo de la cosa» (*Derecho Administrativo*, III, Buenos Aires, Depalma, 1956, pág. 404).

(77) En este sentido, la previsión favorable a la perpetuidad que para las servidumbres reales se reconoce sería uno de los argumentos de mayor peso para sostener la parcialidad de goce como requisito para ellas; en un sistema donde la libertad del dominio se protege como axioma imprescindible, la perpetuidad de algunos gravámenes sólo podría admitirse cuando fuera conveniente desde un punto de vista social y económico, y no pervirtiera por mermarlo en demasía, el contenido esencialmente típico de la propiedad; la propiedad podrá gravarse poco todo el tiempo, pero nunca mucho indefinidamente. Como habría dicho BIONDI, por medio de una servidumbre, exclusivamente cabría conceder poderes de carácter específico, correspondientes a otras tantas utilidades que determinan limitaciones singulares de la propiedad ajena. Pero no podrían llegar éstas al punto de anular la propiedad. Si en un acto, aunque sea calificado como constitutivo de servidumbre, el propietario del fundo sirviente se reservara sólo algunas facultades, mientras todas las demás se transfiriesen al propietario del otro fundo, se produciría un derrumbamiento o mescolanza de situaciones (cfr. *Las servidumbres*, trad. GONZÁLEZ PORRAS, Granada, Comares, 2002, págs. 260-261). Y en su intento por dejar bien clara la idea, advertía que aunque los poderes del propietario pudieran ser excluidos o limitados por concretas y determinadas servidumbres, no podría hacerse lo propio a través de una suerte de servidumbre general, que redujera la propiedad casi a cero; por esta vía, se desnaturalizaría el contenido y la esencia del dominio, resultando lo único conciliable el que la servidumbre coexista con la propiedad sin derogarla (cfr. *idem*, págs. 262-263).

la necesidad de que se constituyan expresamente en cada caso y el corriente derecho a una indemnización en favor del propietario o particular perjudicado, la servidumbre se impone aquí por causa de utilidad general y con intervención o autorización de una persona del Derecho Público actuando, precisamente, en cuanto tal. La conveniencia social del evento justifica la exorbitancia de la servidumbre, nota que no sólo se destaca por el modo en que ve la luz, sino también por otros aspectos, para nada desdeñables, como son su imprescriptibilidad o el mecanismo de autotutela con que puede protegerse.

Cumpliendo idéntica función, junto a las servidumbres administrativas, los italianos hablan de derechos de uso público, según antes se mencionara, en alusión a los que pueden constituirse sobre bienes de propiedad particular, en favor o provecho colectivo y con total prescindencia de un predio dominante. La figura se viene a aplicar, así, con respecto a caminos rurales de uso vecinal, calles, pasajes, plazas y vías urbanas de titularidad privada, o bienes histórico-artísticos y archivos de propiedad particular (78).

En el ordenamiento español, la adopción de esta segunda especie de derechos no parece tan necesaria por su viable identificación con las servidumbres personales (79). Bien mirado, lo que se habría pretendido por la doctrina italiana es poner a salvo estos derechos, tendencialmente perpetuos dada su demanialidad, del régimen temporalmente limitado, por vitalicio, que hace a tales servidumbres (80).

En último lugar, en relación con los derechos reales administrativos de goce, debe recordarse el carácter real que, sin remilgos, cabe asignar a la ocupación temporal, regulada en los artículos 108 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa (81). De las servidumbres se diferenciaría en que la

---

(78) Cfr. CARRILLO DONAIRE, *ob. cit.*, pág. 196.

(79) Dos referencias pueden servir para un acabado análisis de las posibilidades de las servidumbres personales. Una ya clásica, la de OSSORIO MORALES (exactamente, «Las servidumbres personales. Ensayo de sistematización», Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1936); y otra, de nuestro tiempo: la de NAVAS NAVARRO, quien proyecta una visión más moderna del instituto, proponiendo hasta un cambio terminológico (*El derecho real de aprovechamiento parcial*, Madrid, Fundación Registral-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007).

(80) Cfr. COLOMBO, *I diritti di uso pubblico (struttura y funzione)*, Milán, Giuffrè, 1991, pág. 72.

(81) Su calidad de derecho real se ha venido manteniendo desde la doctrina italiana. Así, «superadas las posiciones tradicionales de ROMANO y D'ALESSIO, que calificaban a la ocupación temporal dentro del género de las limitaciones a la propiedad, ZANOBINI, siguiendo a FRAGOLA y, con matizaciones, LUCIFREDI, representan a quienes la conceptúan como un derecho real de goce, no identificable ni con el derecho real de uso ni con el de usufructo, sino con el derecho de servidumbre. Más recientemente, ALESSI, incluyendo a la ocupación temporal, como a la expropiación, dentro de un género común, las prestaciones obligatorias de cosas, tratándose por tanto de un sacrificio de derechos más que de una limitación a los mismos, continúa la línea doctrinal de ZANOBINI, concibiéndola como un derecho de carácter real, constituido coactivamente por un procedimiento administrativo,

ocupación puede llegar a acarrear la desposesión, aun parcial, del propietario u ocupante, su exclusión efectiva con respecto del bien, de lo que se colige su duración marcadamente limitada, pero también, y al igual que con respecto al instituto expropiatorio, en el motivo de afectación: una necesidad urgente, súbita o circunstancial, nunca un interés público estable (82).

### 3. *Derechos de garantía*

Como sabemos, ha sido el interés hacia nuevos medios de financiación de infraestructuras públicas el que ha motivado la expresa recepción legislativa de la categoría de los derechos reales administrativos en destacados países de nuestro entorno. Sin un sistema acorde de garantías, no habría financiación, de ahí la necesidad de remozar las consecuencias tradicionales que se han predicado de la inalienabilidad en toda esta materia. Fiel exponente del contexto anterior, ha de transcribirse la opinión señera de GONZÁLEZ PÉREZ: «si para que sea posible la constitución de un derecho real administrativo —decía— es necesario que esté en armonía con el fin público a que está afectado el bien sobre que recae, resulta obvio que no existe fin público compatible con un derecho real cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de una obligación y cuyo ejercicio desembocará en la venta de la cosa sobre que recae para lograr la efectividad del derecho a que está afectado. Tan es así, que entre las notas esenciales que tradicionalmente vienen siendo consideradas como inherentes al régimen jurídico propio del dominio público, está la inembargabilidad y el no ser susceptible de gravamen» (83).

Tras la nueva normativa, sigue en pie, después de todo, el razonamiento; el dominio público continuará sin poder ser objeto directo de gravamen. No obstante, lo que se posibilita ahora, ya sin dudas, es el gravamen del derecho real (de goce) constituido en favor del concesionario. Pero, el factor público

---

del tipo de servidumbre. Por último, GIANNINI sitúa a la ocupación temporal dentro de los que denomina procedimientos ablatorios, que tienen en común el que imponen un sacrificio a un particular, distinguiendo, entre otros supuestos, los que extinguen un derecho real (como la expropiación), los que modifican su contenido normal (como la ocupación temporal) o los que crean un nuevo derecho real sobre los bienes de propiedad privada (caso de las servidumbres)» (ESCRIBANO COLLADO, «Ocupación temporal», en *Revista de Administración Pública*, núm. 106 [1985], pág. 65).

(82) Hipotéticamente, nada obsta a que la finalidad que motivara la expropiación se cumpla en un breve lapso como el que se señala para las ocupaciones temporales ordinarias. Pero esta mera posibilidad no significa que la Administración goce de libertad para elegir entre una u otra vía: la transitoriedad causal de la afectación le obliga a seguir el cauce de la ocupación si con el uso y goce del bien, durante un moderado periodo de tiempo, basta para solventar la necesidad subyacente.

(83) *Los derechos reales...*, cit., págs. 38-39; cfr., de la misma opinión, BIELSA, *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lajoune, 1923, pág. 66.

todavía incidiría en el régimen de estas garantías. Fíjese en el doble límite que deriva del segundo apartado del artículo 98 de la Ley 33/2003, por el cual los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones sólo podrán ser hipotecados como garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones e instalaciones de carácter fijo situadas sobre la dependencia demanial ocupada, requiriéndose, en todo caso, para la constitución de esa hipoteca de la previa autorización de la autoridad concedente, sin la cual no podrá ni otorgarse.

Con respecto, por su parte, a los derechos reales de garantía de titularidad pública sobre bienes de un particular, todo el protagonismo se lo llevan las llamadas hipotecas legales, que lo son porque no requieren de un acto expreso de constitución, y se prevén en garantía de determinados créditos de la Administración. Su más reciente, e importante, recepción la encontramos en el artículo 78 de la Ley General Tributaria, por cuya virtud «en los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior». Pues bien, la especialidad de este derecho real, que lo convierte en plenamente administrativo (84), y no mera afección —la que en sede tributaria se conduce, en cuanto tal, por los cauces de la responsabilidad tributaria subsidiaria (cfr. art. 79 de la Ley General Tributaria) (85)—, va desde lo ontológico, por cuanto no importa la buena o mala fe de los terceros adquirentes para que prospere frente a ellos la acción de cobro por el crédito fiscal (86), hasta el procedimiento para su articulación ejecutiva, que se tramita por vía administrativa (cfr. arts. 65 y 74

---

(84) Con lo que no se comparte la consideración meramente civil del supuesto efectuada, en su clasificación, por GARRIDO FALLA.

(85) Cfr. ZABALA RODRÍGUEZ FORNOS, en HUESCA BOADILLA (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley General Tributaria*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2004, págs. 550 y 551.

(86) La ley es causa de oponibilidad cuando el derecho de que se trate debe ser respetado aunque se ignore por quien se crea a resultas afectado. Para PAU PEDRÓN, ciñéndonos a las situaciones jurídico-inmobiliarias, esto último se produce: a) cuando no se prevé, como es nuestro caso, una regla general de inoponibilidad tabular, y por tanto ciertas relaciones no inscritas resultan oponibles al tercero *extra tabulas*; b) cuando se exige una previa inmatriculación, y ésta no se ha producido; c) cuando se trata de limitaciones del dominio (prohibiciones legales, retractos legales, servidumbres legales propias e impropias, limitaciones de la Ley del Suelo y de los planes de ordenación, unidades mínimas de cultivo, hipotecas legales...); y d) cuando se trata de arrendamientos urbanos y rústicos, aunque no siempre («Esbozo de una teoría general de la oponibilidad», en PAU PEDRÓN, *La publicidad registral*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2001, pág. 350).

del Reglamento General de Recaudación). Se trataría, a la postre, del mismo procedimiento al que se someten las hipotecas que voluntariamente se constituyan a favor de la Hacienda Pública, como en los casos de aplazamiento o fraccionamiento de pago (cfr. art. 66 de ese Reglamento).

#### 4. *Derechos de adquisición*

En virtud de los derechos de adquisición, su titular puede exigir que se le transmita la propiedad de una cosa. Se reconocen tres tipos elementales: a saber, opción, tanteo y retracto. El derecho de opción se caracteriza por atribuir la facultad de adquirir una cosa si se ejerce en el plazo y por el precio antes convenido; el de retracto, por la posibilidad de subrogarse en el lugar del comprador operada ya la transmisión de una cosa, mediante el abono del precio que haya pagado más, en su caso, los gastos; y el de tanteo, por la preferencia que se ostenta para adquirir un bien, en caso de que su propietario se decida enajenarlo. Para este último caso, por supuesto que si el propietario enajenara la cosa sin habérselo comunicado, el titular del derecho de tanteo habría de contar, igualmente, con el de retracto, al objeto de poder inutilizar la transmisión ya realizada.

En el ámbito administrativo, los derechos reales de adquisición se muestran verdaderamente funcionales. Destacan, así, el tanteo y el retracto para la adquisición por parte de la Administración de ciertos bienes de especial interés cultural, el derecho de reversión en la expropiación y el que sobre los bienes incorporados por el concesionario a la explotación del servicio público puede ejercer la Administración, siempre y cuando no sean de los que, por el juego del clausulado concesional, haya de adquirir automáticamente al cumplirse el plazo de la concesión. Junto a ellos, el derecho de opción ínsito a toda operación de leasing refleja especial relevancia de cara al desarrollo de infraestructuras públicas.

De primeras, el derecho de tanteo y el correlativo de retracto encuentran una de sus más paradigmáticas expresiones en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Conforme a su artículo 38, quien tratara de enajenar un bien declarado de interés cultural o incluido en el inventario general correspondiente, debe notificarlo a los organismos competentes en la materia y declarar el precio y condiciones en que se proponga realizar la enajenación. Dentro de los dos meses siguientes a esa notificación, la Administración del Estado podrá hacer uso del derecho de tanteo para sí, para una entidad benéfica o para cualquier entidad de Derecho público, obligándose al pago del precio convenido, o, en caso de subasta, el de remate, en un periodo no superior a dos ejercicios económicos, salvo acuerdo con el interesado en otra forma de pago. De no haberse notificado el propósito de enajenación

correctamente, la Administración del Estado podrá ejercer, en iguales términos, el de retracto en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que adquiriera conocimiento fehaciente de la enajenación. El precepto termina advirtiendo que los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no podrán inscribir documento alguno por el que se transmita la propiedad o cualquier otro derecho real sobre esta clase de bienes sin que se acredite haber cumplido con los requisitos pertinentes. Sin embargo, tal y como aparece regulado, no se observa un régimen especial en comparación con otros derechos de adquisición de fuente legal, como los que, sin ir más lejos, se prevén en los artículos 1.522 y 1.523 del Código Civil, por lo que la impresión es que no nos encontramos ante derechos reales diferenciados de los ordinarios.

No sucede lo propio, en cambio, con el derecho de reversión, de retrocesión que se contempla como consustancial a la expropiación forzosa (87). El instituto otorga al sujeto expropiado la facultad de solicitar la devolución *in natura* del bien expropiado si su ulterior gestión o aprovechamiento no se condice con el destino, la utilidad tenida en cuenta al expropiar, a reserva de señalados supuestos (cfr. art. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa) (88).

---

(87) A favor del carácter de derecho real de adquisición preferente, obviamente, público, del derecho de reversión en materia de expropiaciones, vid. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los derechos reales...*, cit., pág. 47; PÉREZ MORENO, *La reversión en materia de expropiación forzosa*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1967, págs. 147 y 167 y sigs., GIMENO FELIÚ, *El derecho de reversión en la Ley de Expropiación Forzosa. Fundamentación y condiciones de ejercicio*, Madrid, Civitas, 1996, pág. 131 y sigs. En contra: GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *Utilidad pública, ocupación y reversión de los bienes expropiados*, Granada, Comares, 2000, pág. 186 y sigs.; GALLEGO CÓRCOLES, *El derecho de reversión en la expropiación forzosa*, Madrid, La Ley, 2006, pág. 306 y sigs. Sobre el debate, en general, resulta asimismo recomendable la lectura de DE CASTRO VÍTORES, *Reversión expropiatoria. Una reflexión, en la perspectiva civilista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 39 y sigs.

(88) Así, para el ejercicio de la acción de reversión con respecto a la hipótesis fundamental de inexecución o no implantación de la obra o servicio correspondiente, tras la modificación que la Ley de Ordenación de Edificación hiciera del artículo de la Ley de Expropiación Forzosa citado, el plazo para que pueda solicitarse es de tres meses, a contar desde la fecha en que la Administración notifique su propósito de no ejecutar la obra o de no implantar el servicio. En defecto de esta notificación, el derecho de reversión podrá ejercitarse por el expropiado, o sus causahabientes, cuando hubieran transcurrido cinco años desde la toma de posesión del bien o derecho expropiados sin iniciarse la ejecución de la obra o la implantación del servicio o cuando la ejecución de la obra o las actuaciones para el establecimiento del servicio estuvieran suspendidas más de dos años por causas imputables a la Administración o al beneficiario de la expropiación sin que se produjera por parte de éstos ningún acto expreso para su reanudación.

Por su parte, esos supuestos en que, según la Ley, no procede el derecho de reversión pese a desviarse del destino expropiatorio el que se diera luego a los bienes, son dos. El primero se producirá cuando simultáneamente a la desafectación del fin que justificara la expropiación se acuerde fundadamente una nueva afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social. El segundo, cuando la afectación al fin de la expropiación, o a otro declarado de utilidad pública o interés social, se prolongue durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio.

Pero la retrocesión sólo cobrará sentido cuando, con motivo del complejo expropiatorio, se haya llegado a efectivizar, mediante la concurrencia de los presupuestos que le son propios, la privación o pérdida de la propiedad. Sin haberse consolidado tal privación, por haberse abandonado simplemente el procedimiento por el órgano actuante, nada habría que retransmitir por cuanto nada se habría expropiado (89).

En el panorama de los derechos reales administrativos, la enorme particularidad de la reversión expropiatoria, conforme se ha expresado, se constata por dar cabida a un derecho de naturaleza pública titularidad de un administrado sobre un bien desafectado, que no integra, por tanto, el demanio (90). El criterio objetivo de apreciación cedería, confirmando toda la razón de ser del sistema, en favor del que constituye el elemento normativo; en este punto, no estaría de más recordar que todo el régimen de la reversión pertenece, y se regula, por el Derecho Público.

Resta hablar del derecho de la Administración sobre los bienes del concesionario de un servicio público sujetos a facultativa reversión (91). Se trata de aquellos bienes, denominados en la doctrina francesa *de reprise*, que por su utilidad para la explotación son de reversión, como se dice, facultativa, debiendo la Administración indemnizar al concesionario si al final estima oportuno adquirirlos (92). Se contraponen a los bienes *de retour*, los cuales, una vez incorporados o adscritos por el concesionario a la explotación, se

---

(89) Cfr. GALLEGO CÓRCOLES, *ob. cit.*, pág. 470, junto con la jurisprudencia que en tal sede menciona.

(90) En este punto, GARRIDO FALLA sigue a GONZÁLEZ PÉREZ, no obstante apuntar que la calificación de este derecho real como administrativo no deja de ser, por tal factor, dudosa (cfr. *Tratado...*, cit., pág. 341, n. 8).

(91) No está de más puntualizar sobre la distinción entre bienes afectos y revertibles, que si bien suelen hacerlo, no han de coincidir en todo caso. Y esa posible diferenciación puede ser inicial o sobrevenida. «Inicial, si en el contrato se fijan como revertibles determinados bienes cuando es más amplio el grupo de los verdaderamente necesarios y efectivamente utilizados en la explotación; el exponente más claro de esa distinción inicial se dará cuando falte la cláusula de reversión: existirán unos bienes afectos, pero ninguno será revertible. Diferenciación sobrevenida, si bienes identificados documentalmente como revertibles pierden —por razones diversas— su utilidad material en la prestación de servicio: aquí también puede darse un caso límite cuando se produce la paralización total, sin solución de continuidad, del servicio en cuyo contrato de gestión se incorpora la cláusula de reversión: ningún bien podrá considerarse afecto a un servicio que no existe; pero, sin embargo, esos bienes serán revertibles en virtud de lo pactado en el contrato» (ESTEVE PARDO, *ob. cit.*, pág. 197). Y es que son, a su vez, «diferentes los sistemas de determinación de unos y otros: documentalmente los revertibles (en el propio contrato o en otros documentos a los que puede entenderse se remite éste, como son actas de amojonamiento, planos detallados o estados descriptivos); y por su vinculación material, de hecho, a la prestación de servicio en el caso de los afectos» (*ibídem*).

(92) Cfr. GARRIDO FALLA, «Efectos económicos de la caducidad de las concesiones de servicios», en *Revista de Administración Pública*, núm. 45 (1964), pág. 235 y sigs.; ESTEVE PARDO, *ob. cit.*, pág. 184, nota 7.

encuentran llamados a revertir, en el mismo título de la concesión o cualquier otro que, de suyo, lo complementa, sin contraprestación alguna a cargo de la Administración. Con respecto a esta segunda clase de bienes, el compromiso del gestor del servicio público se interpreta, por su parte, como título traslativo aunque de efectos diferidos al momento de extinguirse la concesión, a cuyo partir pasen al haber público de forma inmediata (93).

RESUMEN

DERECHOS REALES  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

*La consagración legislativa de la categoría de los derechos reales administrativos por la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones públicas, obliga a plantearse los fundamentos en que descansa la figura, en un intento por armonizar la noción jurídico-real con los parámetros específicos del tipo. En la labor, debemos retrotraernos a la génesis doctrinal del instituto para, desde ahí, comprender el sustrato diferencial*

ABSTRACT

RIGHTS IN REM  
GOVERNMENT

*The legislative consecration of the category of administrative real rights by Act 33/2003 on the patrimony of public administrations forces us to consider the foundations on which the concept rests, in an attempt to harmonise the juridical/real notion with the specific parameters of the classification. In this task, we must look back to the doctrinal genesis of the institution, so that, from there, we can comprehend the differential substrate of*

---

(93) En este segundo caso, el de los bienes directamente revertibles, como la adquisición se consumaría automáticamente no puede hablarse, en puridad, de un derecho de adquisición en favor de la Administración. El supuesto se explicaría mejor por la circunstancia de que el concesionario o gestor del servicio, en el marco del negocio concesional, habría consentido enajenar su derecho de dominio a término, quedando congruentemente en situación de propietario *ad tempus* en relación con esos bienes (cfr. ARMANO LAMOGILIA, *ob. cit.*, pág. 178). ¿Qué sucedería si se enajenara un bien revertible habiéndose abandonado materialmente el servicio? ¿Podría perseguirlo la Administración directamente de manos de terceros? Se plantearían aquí dos soluciones: la primera, considerar, que el abandono del servicio, motivo de la desafectación efectiva de los bienes, presupondría (pese a no corresponder a un comportamiento legítimo del concesionario) la extinción de la concesión, con lo que esos bienes habrían adquirido su plena condición demanial, siendo, por tanto, pasibles de autotutela. La segunda, estar a la naturaleza meramente personal del derecho de reversión, derivada de un derecho de propiedad todavía suspensivamente condicionado, por lo que la Administración sólo estaría facultada para acudir a los Tribunales ordinarios, y siempre con el límite referido a la buena fe del tercero adquirente, cuya incidencia puede hacer desbaratar la acción precautoria que ejercite (cfr. ESTEVE PARDO, *ob. cit.*, pág. 198, nota 36). MARIENHOFF opina contrariamente que ese derecho de crédito sólo se haría efectivo al extinguirse la concesión, por lo que no autorizaría al ejercicio de medida conservatoria alguna, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que, llegado el caso, pueda corresponderle al concesionario y a salvo, además, de las medidas de *control* que puede ejercer el concedente, las cuales, por el mismo discurso que emplea el autor, no parecen suficientes (cfr. *Tratado...*, cit., III-B, § 1185, pág. 651, n. 1974).

*de una fórmula que, inicialmente inspirada en la teoría del dominio público, supone hoy fiel exponente de la necesidad superadora de los postulados clásicos del demanio. Este estudio pretende, pues, constituir un pequeño aporte para la integración de conceptos, resaltando el alcance práctico de los derechos reales de sesgo administrativo, aunque a partir de sus especificidades.*

*the formula, which was initially inspired by the theory of public domain but today stands as a faithful exponent of the need to work past the classic postulates of the public domain. This study is thus intended as a small contribution toward the integration of concepts, emphasizing the practical scope of real rights of an administrative slant, although on the basis of their specificities.*

*(Trabajo recibido el 28-07-08 y aceptado para su publicación el 29-05-09)*

# Complejos Turísticos en Canarias y el Registro de la Propiedad

por

DIEGO HERMOSO MESA  
*Registrador de la Propiedad*

## SUMARIO

PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES.

EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO INSTRUMENTO FAVORECEDOR DEL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA LEY DEL TURISMO EN CANARIAS. SU APLICACIÓN A ZONAS TURÍSTICAS EN RENOVACIÓN.

INSCRIBIBILIDAD DEL USO O DESTINO TURÍSTICO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

MEDIOS DE CONSTANCIA REGISTRAL DEL USO O DESTINO TURÍSTICO.

- I. INSCRIPCIÓN DE LAS NORMAS RELATIVAS A DICHA EXPLOTACIÓN TURÍSTICA INCLUIDAS EN LOS ESTATUTOS DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL DEL COMPLEJO.
- II. INSCRIPCIÓN DE LAS NORMAS URBANÍSTICAS QUE DEFINEN EL USO TURÍSTICO DE LOS INMUEBLES EDIFICADOS EN CIERTA UNIDAD DE ACTUACIÓN O PLAN PARCIAL.
- III. INSCRIPCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE APERTURA DEL COMPLEJO TURÍSTICO, SU CATEGORÍA Y EMPRESA TURÍSTICA EXPLOTADORA.
- IV. INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO MATERIAL HABILITANTE O DEL CONTRATO DE CESIÓN EN ARRENDAMIENTO DEL INMUEBLE POR EL TITULAR REGISTRAL A LA EMPRESA EXPLOTADORA DEL COMPLEJO O AL TOUR-OPERADOR (SI QUIEN REALIZA LAS LABORES DE GESTIÓN SON LOS ÓRGANOS DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL).

EFFECTOS DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL DESTINO Y USO TURÍSTICO DE LOS INMUEBLES.

CONCLUSIÓN.

ANEXOS.

PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES.  
EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO INSTRUMENTO FAVORE-  
CEDOR DEL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA LEY DEL  
TURISMO EN CANARIAS. SU APLICACIÓN A ZONAS TURÍSTICAS  
EN RENOVACIÓN

La organización de la estructura de la propiedad en las zonas que son destinos turísticos en declive de Canarias está siendo objeto de estudio y reflexión desde diversos ámbitos económicos y empresariales, con fines diversos:

Unos, pretendiendo que se reorganice la titularidad dominical, con el fin de unificar la misma. Ello con el ánimo de favorecer una pretendida mejora en la capacidad inversora en reformas y reestructuración, ya que se considera que el «minifundismo» y dispersión de la titularidad dominical de las diferentes unidades alojativas que conforman el complejo turístico, perjudica la necesaria unidad de actuación de todos los propietarios, imprescindible para que la inversión en reformas se lleve a cabo unánimemente en el complejo.

Se estima, por otro lado, que el sistema de funcionamiento tradicional en la gestión de los complejos mediante una comunidad de propietarios en el régimen común de la Ley de Propiedad Horizontal, no es suficiente para ello dada la necesidad de unanimidades y la posibilidad de bloqueo de unos pocos propietarios, de modo que fácilmente se frena la imperiosa necesidad de obras de reforma.

A ello se le suma que —por razón de la edad de los propietarios— no haya un firme ánimo de invertir en reformar una propiedad de la que ya no obtienen una renta tan alta como la lograda en otros ciclos de mayor flujo turístico, lo que a su vez, desincentiva a los tour-operadores a contratar dichos complejos.

Otros, en sentido contrario, pretendiendo la división de la propiedad y segregación en fincas registrales independientes de las unidades que conforman cada complejo en explotación turística con el fin de reconvertir cada una de las unidades alojativas de los denominados complejos turísticos obsoletos, en propiedades de uso residencial.

Se pretende la reconversión de los complejos adquiriéndolos en bloque, como una unidad, reformarlos y reconvertir cada elemento susceptible de aprovechamiento independiente, en un inmueble transmisible. Comprar en bloque y vender separadamente cada unidad, cuya suma lo es a mucho mayor precio que el conjunto, es la finalidad.

El encarecimiento de la vivienda, unido a que las unidades alojativas son inmuebles de pocos metros cuadrados de superficie útil, han hecho esta técnica económicamente interesante para los propietarios que pueden venderlos con altas plusvalías, mientras que los compradores ven en dichas unidades

alojativas una posibilidad de acceder a una residencia que, si bien es de mínúsculas dimensiones, por ello mismo el montante económico de la transacción es asumible, máxime por las altas tasaciones hipotecarias que hasta hace bien poco tenían dichos inmuebles.

Además, se encuentran en complejos con muchos más servicios que una propiedad residencial (piscinas, jardines, zonas deportivas comunes, recepción, tiendas y/o supermercados en el propio complejo, etc.).

Es decir, las ventajas de dichas unidades alojativas turísticas para uso residencial son muy valoradas: *a)* por unos compradores ávidos de invertir en residencial, y *b)* Por quienes pretenden destinarlo al arrendamiento turístico, como acontecía hace unos años.

Tanto unos como otros defienden intereses legítimos que bajo el principio de libertad de empresa, pueden llegar a ser caminos que conduzcan a la salida de la crisis en el sector: renovación de la planta alojativa con inversiones en su modernización y reconversión de los complejos obsoletos que no puedan alcanzar los estándares de calidad exigibles.

Los poderes públicos y Administraciones competentes a que se refiere el artículo 4 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (*BOC* 48, de 19-4-95), son quienes promoverán y estimularán las diferentes soluciones jurídico-económicas.

Los planes de inversión en las zonas turísticas en declive, los beneficios fiscales para quienes utilicen la reserva para inversiones en la reforma y modernización de dichas zonas, las modificaciones en los Planes de urbanismo con tratamiento específico de la cuestión, etc., son la prueba del interés por parte de todas y cada una de las Administraciones con competencia en la materia.

Por supuesto, son otros estudios y profesionales los encargados de analizar y reflexionar sobre las causas socioeconómicas, culturales, tecnológicas, de relevo generacional, etc., que han provocado dicha necesidad de reestructuración y modernización. A ellos nos remitimos.

Las posibilidades de cumplir los principios de la Ley del Turismo de Canarias, Ley 13/1996, de 30 de diciembre; Ley 7/1995, de 6 de abril y su modificación por la Ley 5/1999, de 15 de marzo, de Ordenación del Turismo de Canarias —y los efectos de la situación empresarial en los titulares registrales de complejos hoteleros o extrahoteleros en estas circunstancias— utilizando la Institución Registral como instrumento favorecedor de la reestructuración, reconversión o modernización, son el objeto de las siguientes líneas.

## INSCRIBIBILIDAD DEL USO O DESTINO TURÍSTICO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Es claro que el uso de los inmuebles puede ser objeto de constancia registral, bien como cualidad definitiva del inmueble, bien como destino de los mismos. Los artículos 334 del Código Civil y artículos 8 y 9 de la Ley Hipotecaria así lo establecen, con su correspondiente desarrollo reglamentario en los artículos 51 y concordantes del Reglamento Hipotecario.

Para el asunto que compete, baste señalar la importancia de diferenciar si el inmueble puede ser destinado a un uso turístico o no. Para todo lo demás, es ineludible la remisión a los numerosos trabajos que recogen en profundidad los aspectos de derecho administrativo de la atribución de la mencionada cualidad, efecto de la necesidad de regulación administrativa de la actividad hotelera y extrahotelera, con fines no contrarios a la libertad de empresa y de propiedad —consagrada en nuestra Constitución y en los Tratados Europeos— sino favorecedores de la propia actividad y de la calidad y servicio público.

Conforme al artículo 13 de la Ley del Turismo:

Deberes y derechos de las empresas turísticas:

1. El ejercicio de la actividad turística empresarial es libre, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes generales.
2. No obstante, para el establecimiento y desarrollo de tal actividad en el ámbito del Archipiélago Canario, las empresas estarán sometidas al cumplimiento de los siguientes deberes específicos:
  - a) Inscribirse en el Registro General de empresas, actividades y establecimientos turísticos de la Comunidad Autónoma de Canarias.
  - b) Obtener de la administración competente para autorizar el ejercicio de cualquier actividad turística que se pretenda desarrollar en el Archipiélago Canario las autorizaciones de carácter previo.  
Cuando en los procedimientos iniciados en virtud de solicitudes formuladas por los interesados no hubiera recaído resolución en el plazo de dos meses, aquéllas se entenderán estimadas.
  - c) Cumplir en los establecimientos alojativos, el principio de unidad de explotación en los términos previstos en esta Ley.
  - d) Cumplir los demás deberes que esta Ley impone.

Para poder destinar y poner en producción un inmueble con uso turístico, habrá de: 1) haber sido edificado conforme a un proyecto que se ajuste a la licencia municipal en la que constará ese carácter. 2) La misma habrá sido concedida para una unidad de actuación que permita el mismo uso turístico, conforme a un Plan General de Ordenación Urbana. 3) La licencia en su caso habrá debido ser informada favorablemente para dicho destino por el Cabildo Insular si así lo dispuso el correspondiente Plan Insular de Ordenación del Territorio que a su vez definirá el uso turístico. 4) Dicho Plan de Ordenación

Urbana, además, deberá haberse ajustado a las Directrices del citado PIOT en orden a la definición del número de unidades alojativas y de camas, que a su vez se habrá redactado consecuentemente con la Ley de Turismo de Canarias y a la Ley de Moratoria Turística, en su caso. 5) La Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente (COTMAC) del Gobierno de Canarias ejerce el ejercicio de la potestad de planeamiento de ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística en los términos de ese Texto Refundido.

Por todo ello, las Administraciones habrán velado para que sean zonas exclusivas (pero no excluyentes de otros usos, ya que cabe el uso turístico-residencial y de ocio, dentro de las mismas). Como se dirá más adelante, es lógico que el mismo acceda al Registro de la Propiedad a través de cualquiera de dichas normas o licencia, como uno de los elementos definitorios del inmueble.

Para el uso turístico, además se habrá obtenido por el titular del complejo una autorización de apertura del establecimiento, tras la correspondiente inspección del órgano competente del Cabildo Insular que habrá concedido la misma con una fecha concreta de apertura, para un número de unidades alojativas cierto y con su categoría definida.

En el Cabildo Insular y/o en la Dirección General de *ORDENACIÓN Y PROMOCIÓN TURÍSTICA DEL GOBIERNO DE CANARIAS* se habrá tramitado el expediente para la apertura y hecho constar la concesión de la pertinente autorización de apertura en el registro administrativo de empresas turísticas.

El complejo podrá ser objeto de inspección por parte del Cabildo Insular—Dirección General—, con el fin de comprobar la observancia de la calidad según categoría y del número de unidades alojativas en explotación. El régimen sancionador aplicable será ejercitado también por dicho órgano.

La calificación registral—como estricto control de legalidad de los actos jurídicos necesarios para el destino turístico de los inmuebles—, sirve de garante del cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos impuestos por la legislación urbanística y turística, en lo que afecte a la descripción del inmueble concreto que se haya inscrito (arts. 2, 9 y 18 de la Ley Hipotecaria) y a su destino al servicio turístico, entre otras cuestiones.

Junto a ello, es preciso definir por tanto qué es el «no uso turístico», dado que el principio de unidad de explotación de la Ley de Turismo de Canarias—en lo que aquí concierne— exige: que sólo exista una empresa explotadora por complejo y que en el mismo pueda prestarse el servicio hotelero o bien extrahotelero conforme a los estándares de calidad definidos.

De ahí se colige una incompatibilidad práctica con el uso residencial de los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente.

Para diferenciar qué es «uso residencial», basta la remisión al concepto de «residente» que utiliza la legislación territorial y fiscal: El artículo 21 de la

Ley General Tributaria utiliza la noción de residencia habitual para determinar el ámbito de aplicación de los tributos de naturaleza personal. En este sentido, el artículo 9 de la nueva Ley del IRPF considera residentes a todas aquellas personas que cumplan alguno de los dos siguientes requisitos:

- Que durante el año natural permanezcan en territorio español más de 183 días.
- Que radique en España el núcleo principal o la base de sus intereses económicos, de forma directa o indirecta.

Cabrá siempre la dificultad de prueba respecto a los titulares registrales que sean personas jurídicas y el uso a que lo destinen sus administradores, pero con dichos límites, el tiempo de estancia de los usuarios podrá ser controlada por las empresas explotadoras de los complejos, así como si el uso dado por los titulares registrales a las unidades alojativas es efectivamente el que corresponde al inmueble en cuestión.

La denuncia de la trasgresión a las Administraciones Públicas competentes permitirá el control efectivo de dicho fin de uso turístico. A este efecto cabe recordar que el derecho de tanteo y retracto a favor de las empresas explotadoras en caso de transmisión de un inmueble perteneciente al complejo y cuyo uso (por título de arrendamiento o cualquier otro admitido en derecho) perteneciera a la explotadora, fue derogado en la reforma del año 1999 de la Ley de Turismo de Canarias, por su posible inconstitucionalidad.

Igualmente, las presiones a que sometieron algunas empresas explotadoras a los dueños de los inmuebles para que les cedieran a ellas el inmueble en arrendamiento para su explotación, originaron denuncias de un parlamentario inglés en el Parlamento Europeo, que hubieron de ser contestadas, entre otros, con informe del Colegio de Registradores de la Propiedad.

Pero para cohonestar todo, se vuelve imprescindible que el titular de los inmuebles y los terceros legitimados puedan conocer eficazmente cuál es el contenido de los derechos inscritos respecto a los inmuebles y que las Administraciones pueden conocer qué unidades alojativas están en explotación turística en cada momento.

Y para ambas cuestiones, el Registro de la Propiedad se muestra como instrumento eficaz para ejercer el efectivo control de legalidad de la citada normativa que en cada fase afecta al inmueble concreto destinado al servicio turístico (desde la inscripción de la parcelación que habrá supuesto la calificación registral positiva del instrumento de planeamiento, a la inscripción de la obra nueva de la edificación y en su caso la división en propiedad horizontal, etc.), y en segundo lugar, para dar a conocer, por un lado, a los titulares registrales el uso y destino permitido de su inmueble y por otro, a las Administraciones públicas canarias, qué unidades alojativas de las autorizadas, realmente se están destinando a explotación turística bajo el principio de

unidad de explotación por complejo, quién en cada momento es el titular registral de los bienes y derechos en explotación, qué bienes tienen incoado y anotado expedientes de disciplina urbanística o medioambientales, etc., y todo ello bajo el principio de fe pública registral y la salvaguardia de los Tribunales de Justicia (art. 1 de la Ley Hipotecaria).

El sólido desarrollo informático de la gestión de los Registros de la Propiedad en Canarias, por otro lado, también permite, en su caso, enlazar con los avances ya introducidos por el *DECRETO 75/2005, de 17 de mayo*, en materia de regulación del Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos a que alude los artículos 22 y 23 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, modificados por la Disposición Adicional Tercera (números 2 y 3) de la Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias, y, en particular, del procedimiento de inscripción, así como la regulación del Sistema de Información Turística, de conformidad con lo establecido en la directriz 28 del texto normativo de las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias.

Asimismo, es objeto de este Decreto la aprobación del Sistema Informático Turístico que dará soporte tanto al Sistema de Información Turística como al Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos, perfectamente enlazable y compatible con el contenido que el Registro de la Propiedad publica respecto a los inmuebles destinados a fines turísticos y de los titulares del dominio y demás derechos reales inscritos.

## MEDIOS DE CONSTANCIA REGISTRAL DEL USO O DESTINO TURÍSTICO

Como ya se estudió en trabajos anteriores (\*), el artículo 38.2 de la Ley de Turismo de Canarias establece una remisión a la legislación hipotecaria en cuanto al modo en que ha de inscribirse y publicarse en el Registro de la Propiedad la unidad de explotación turística de las diferentes unidades alojativas.

Dicha constancia, lo es de una cualidad del inmueble que conlleva derechos y obligaciones para su propietario. El documento que contenga el uso o destino turístico podrá ser el otorgado por los titulares registrales o el otorgado por la Administración competente.

---

(\*) Vid. HERMOSO MESA, Diego, «Reflejo registral del principio de unidad de explotación. Artículo 38.2 de la Ley de Ordenación del Turismo en Canarias», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*. Año XXXV, núm. 64 (2.ª época), octubre de 2000, págs. 1945 a 1949.

En sentido general, de entre los métodos de acceso al folio de cada unidad alojativa del uso o destino turístico, se destacan cinco posibles vehículos de inscribibilidad:

1. Las normas estatutarias del régimen de propiedad horizontal.
2. La vinculación *ob rem* para el cumplimiento del principio de unidad de explotación.
3. Las normas urbanísticas de referencia a las zonas reservadas para uso turístico.
4. La constancia registral de la autorización para la explotación turística.
5. Inscripción del título material habilitante, otorgado por el titular registral a favor de la empresa explotadora.

#### I. INSCRIPCIÓN DE LAS NORMAS RELATIVAS A DICHA EXPLOTACIÓN TURÍSTICA INCLUIDAS EN LOS ESTATUTOS DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL DEL COMPLEJO

El modo de constancia más usual de la sujeción de un inmueble a explotación turística en las zonas ya consolidadas desde hace décadas, lo es a través de la determinación y constancia de que el complejo va a ser destinado a esa finalidad de explotación turística en los Estatutos del Régimen de Propiedad Horizontal (Ley 49/1960, de 21 de julio) que con carácter muy generalizado figura en las fincas matrices de los complejos en explotación como estructura jurídica reguladora del sistema común de gestión, administración, reparto de beneficios y cargas e inversiones no sólo de las relaciones de vecindad (que es el ámbito de aplicación ordinario de la Ley de propiedad horizontal) sino también de todo el negocio de explotación turística.

Ello trae consigo que es la Comunidad de Propietarios del complejo, el Agente o Empresa explotadora (pese a no tener personalidad jurídica propia, y sin embargo ser considerada una «forma o modalidad propia de la actividad empresarial» a que se refiere el art. 39 de la Ley de Turismo de Canarias) y a que es el Libro de Actas de la Comunidad de Propietarios (diligenciado en el Registro de la Propiedad competente, conforme al art. 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, y el art. 415 del Reglamento Hipotecario) el que contiene todos y cada uno de los acuerdos propios de la actividad de conservación, gasto, presupuesto, reparto de beneficios, cargas e inversiones. Todo ello en aras a un principio de libertad de forma que pretende no encorsetar el desarrollo de los empresarios canarios del turismo, pero que tal vez tiene algunas desventajas en la toma de decisiones (sobre todo por el régimen de mayorías para la toma de decisiones inversoras establecidas en una Ley cuyo ámbito no es propiamente de actividad empresarial).

También existe una variante al sistema de estatutos; se trata de los casos en que los titulares de unidades susceptibles de aprovechamiento independiente constituyen una comunidad de bienes (denominada comunidad de explotación, o similar) que regula la actividad empresarial como comunidad de bienes del Código Civil (de nuevo sin personalidad jurídica propia) conforme a los artículos 392 a 406 de dicho cuerpo legal. Ella se erige como empresa explotadora y la misma coexiste con la de Propiedad Horizontal (que comprenderá no sólo a las unidades alojativas de la explotación sino también a aquellas otras que son parte del complejo pero no de la explotación, con las subsiguientes disfunciones.

Los artículos 38 y 39 de la Ley de Turismo de Canarias establecen al respecto:

*Artículo 38. Principio de unidad de explotación.*

1. La explotación turística de los establecimientos alojativos, en sus distintas modalidades, deberá efectuarse bajo el principio de unidad de explotación.
2. A los efectos de esta Ley, se entiende por unidad de explotación el sometimiento a una única empresa de la actividad de explotación turística alojativa en cada uno de los establecimientos, conjunto unitario de construcciones, edificios o parte homogénea de los mismos, cuyas unidades alojativas habrán de estar destinadas en su totalidad a la actividad turística a la que quedan vinculadas, procediendo la constancia registral de esta vinculación en los casos y términos previstos en la legislación específica sobre la materia.
3. A los efectos previstos en el presente artículo, la explotación turística comprende el desarrollo de todas aquellas actividades de gestión, administración y dirección comercial propias de la prestación del servicio de alojamiento turístico.

*Artículo 39. Empresas explotadoras.*

1. Las empresas que lleven a cabo la explotación turística referida en el artículo anterior podrán adoptar cualquiera de las formas y modalidades propias de una actividad empresarial, debiendo ostentar con carácter previo a su ejercicio, título habilitante expedido por los propietarios, salvo en el supuesto que sean éstos quienes lleven a cabo directamente la explotación, mediante cualquiera de los medios organizativos antes referidos, entre los que se entiende incluido la comunidad de propietarios.

[Los artículos 38 y 39 se transcriben con las modificaciones introducidas por Ley 5/1999, de 15 de marzo (BOC 36, de 24-3-99)].

2. El título habilitante, antes referido, habrá de constar documentalmente y tendrá que presentarse ante la administración turística competente en la materia, acreditando la autenticidad de la voluntad expresada en el mismo por cualquiera de los medios admitidos en Derecho.

En numerosos casos, los promotores de las edificaciones destinadas a uso turístico configuraron los complejos bajo el régimen de Propiedad Horizontal,

para lograr la inversión de pequeños ahorradores en el negocio de arrendar las unidades alojativas a tour-operadores que satisficieran rentas que cubrían el importe total de la hipoteca con la que se financiaban y más tarde se convertía en una renta segura.

En los Estatutos de los complejos que se construyeron con fines de explotación turística, se incluyen normas de gestión por los órganos comunes de cualquier propiedad horizontal, con fundamento en el destino turístico del inmueble: bien por el destino de elementos comunes, por funcionamiento del complejo, la autorización para arrendarlos a tour-operadores, la concesión de facultades para contratar con empresas de mantenimiento en régimen extrahotelero, etc.

Su constancia en el folio de la finca matriz ya figura desde la declaración del régimen en numerosos supuestos y su referencia en el de cada finca o subfinca, configuradora de cada unidad alojativa.

En caso de que aún no se hayan inscrito dichas normas, se podrá practicar conforme a las reglas generales de cualesquiera estatutos del régimen de propiedad horizontal y en los correspondientes Libros de Actas.

Cuestión singular es el modo en que se podrían hacer constar en el Registro de la Propiedad esos Estatutos, cuando ya hayan accedido al mismo diferentes titularidades (sean dominicales o de derechos reales). El dilema se plantea respecto a si podrán inscribirse sin necesidad de que presten un nuevo consentimiento al contenido de los Estatutos o a su acceso al Registro de la Propiedad.

Es claro que si existe unanimidad de los diferentes titulares registrales, podrá lograrse el acceso. También podrán inscribirse si en los diferentes títulos de adquisición de los mismos ya constaba referencia expresa a esas normas estatutarias.

Ahora bien, dado que el Registro no los publicaba antes del acceso de su derecho al registro, en caso de que el titular registral no lo consienta o se acredite su conocimiento, no podrá verse afectado por los mismos y será necesario un nuevo consentimiento.

El modo de acreditación del mismo, si está prestado en Asamblea de Propietarios, seguirá las normas comunes.

La singularidad estriba en que el Registrador de la Propiedad competente ha de considerar con trascendencia real —y por ello susceptibles de inscripción—, las normas que regulen la explotación turística a que se destina el complejo.

La labor de desentrañar en cada caso concreto si lo son o no, le compete al Registrador con arreglo a las normas generales. No obstante, se habrán de tener en cuenta los principios informadores de la Ley de Turismo de Canarias (aún cuando los estatutos presentados a calificación fueren anteriores a la misma) así como los nuevos conceptos de publicitación de negocios jurídicos

no reales u obligacionales, como acontece en normas cercanas a esta materia, cual es la que se contiene en la Ley de Aprovechamiento por Turno en relación a la constancia registral de los regímenes anteriores a dicha norma.

Los efectos de dicha constancia serán los propios de los Estatutos inscritos en el Registro de la Propiedad: la publicitación respecto a terceros que conocerán desde antes de su adquisición el régimen especial y el destino del bien que adquieren y de las limitaciones propias de ese fin de explotación turística, de modo que un uso distinto (por ejemplo, residencial) por los titulares de los inmuebles que conforman unidades alojativas, podrá ser perseguido como atentatorio de las normas estatutarias.

Respecto a la posibilidad de cancelar la constancia registral de que determinada unidad alojativa forma parte de una unidad orgánica o finca funcional de explotación turística, es perfectamente posible, dado que el destino o uso de un inmueble puede variar con el tiempo y circunstancias de mercado. Es más, puede ser frecuente en la situación de reconversión que sufre el sector en la actualidad.

Para ello, la cancelación de la nota marginal la podrá solicitar, bien el Cabildo Insular, bien el titular registral del dominio o del derecho que permita el aprovechamiento, aportando certificación de la baja en el uso turístico, expedida por el Registro Administrativo.

Eso plantea la necesidad de que todos los requisitos hayan de quedar reflejados en el correspondiente expediente administrativo.

Cabría notificar por el Cabildo que se va a efectuar la cancelación de la autorización para el uso turístico de una determinada unidad alojativa o de todo un complejo.

Debe calificarse por el registrador que en el expediente administrativo de baja se haya notificado a quien consta como explotadora y a los demás titulares registrales, así como que sea firme la resolución de baja previa, ya que dicha resolución será recurrible en vía contencioso-administrativa.

## II. INSCRIPCIÓN DE LAS NORMAS URBANÍSTICAS QUE DEFINEN EL USO TURÍSTICO DE LOS INMUEBLES EDIFICADOS EN CIERTA UNIDAD DE ACTUACIÓN O PLAN PARCIAL

Las normas urbanísticas, tanto las referentes al plan Insular de Ordenación del Territorio, como las de carácter municipal, contienen definición de los usos del territorio perfectamente definidos y que en ocasiones permiten un uso exclusivo turístico para determinada zona.

*Artículo 6 de la Ley de Turismo:* La concesión de autorizaciones previas reguladas en el artículo 24 de esta ley deberán condicionarse a su adecuación a las directrices de ordenación que al respecto apruebe el Gobierno, de confor-

midad a las previsiones del artículo 15.2.c) del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo. De todas estas autorizaciones deberá remitirse, en el plazo de quince días y a efectos de conocimiento, copia a la Consejería del Gobierno competente en temas de turismo. Cualquier autorización que se concediera en contra de lo establecido en las directrices del Gobierno será nula de pleno derecho.

Asimismo, es de aplicación el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, y Decreto 35/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de contenido ambiental de los instrumentos de planeamiento.

El Registrador de la Propiedad competente por razón del Distrito Hipotecario en que se ubique el inmueble, calificará conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, la legalidad de los documentos presentados para su inscripción o anotación, y por tanto si el acto susceptible de inscripción (sea la reparcelación de los terrenos y cambio a uso turístico, sea la determinación del uso del solar resultado de una actuación urbanizadora, sea la declaración de obra nueva del edificio destinado a uso turístico, sea la división en propiedad horizontal y determinación del uso de alguna o todas las unidades susceptibles de aprovechamiento independiente como unidades alojativas, etc.).

1. Dicha normativa puede hacerse constar en los folios de las fincas matrices de cada complejo como cualquier otra disposición de carácter urbanístico, mediante la presentación, calificación e inscripción del documento administrativo que dé traslado al Registrador del planeamiento a que esté afectado el inmueble que contiene el complejo de explotación turística.
2. Asimismo podrá hacerse constar el destino turístico exclusivo del inmueble si viene así definido en la licencia que se obtuvo para realizar la correspondiente edificación. Bastará dicho documento administrativo para su reflejo en la descripción de cada unidad alojativa con folio independiente, bien como finca o como subfinca registral.
3. Los efectos de dicha constancia serán de nuevo los propios de la publicidad registral, de modo que los terceros adquirentes vendrán en conocimiento de cuál es el uso al que pueden destinar su inmueble, de tal que en caso de contravención, se producirán los efectos prevenidos por la legislación urbanística.

Aún cuando la norma urbanística no conste inscrita y publicada, es cierto que ello no impide su aplicación al tercero hipotecario que no por no figurar en el Registro publicada, podrá eludir el cumplimiento de las obligaciones urbanísticas y la subrogación en las cargas urba-

nísticas del transmitente, pero es evidente que en estos supuestos no se está en presencia de una edificación o un solar que se transmite con el contenido edificatorio que determinan las normas urbanísticas, sino que la intención es aplicar ese uso y destino turístico que deviene con carácter urbanístico, a titulares registrales de inmuebles ya edificados, terminados y transmitidos, que incumplan un uso no permitido por una normativa. Los artículos 57 a 61 de la Ley del Turismo, establecen:

*Artículo 57. Calificación turística del suelo.*

1. Los planes urbanísticos declararán el uso turístico del suelo en zonas urbanas o urbanizables.

También podrán declarar este uso en asentamientos rurales delimitados.

2. Cuando tal declaración sea hecha en los planes urbanísticos municipales, se exigirá el informe previo de la Consejería competente en materia de turismo, excepto cuando aquélla sea consecuencia de la adaptación de tales planes a las previsiones de los Planes Insulares de Ordenación Territorial, conforme a esta Ley.

*Artículo 58. Previsiones turísticas de los Planes Insulares de Ordenación Territorial.*

1. Los Planes Insulares de Ordenación Territorial deberán contener previsiones específicas de desarrollo turístico, identificando cada uno de los atractivos y núcleos, capacidad máxima, zona de influencia y límites de la oferta alojativa.

2. Tales Planes, además, deberán contener previsiones suficientes para zonas en que concurra alguna de estas circunstancias:

- a) Tratarse de zona o núcleo a rehabilitar, declarada de conformidad con las previsiones de esta Ley.
- b) Ser zona mixta, donde la presencia de edificaciones turísticas pueda producir, junto con otras residenciales o industriales, efectos aditivos que pongan en peligro la calidad turística de la zona.
- c) Ser zonas insuficientemente dotadas, donde la baja dotación de infraestructuras y equipamientos no se corresponda con el número de camas turísticas de la zona.

3. A estos efectos, la Consejería del Gobierno de Canarias, competente en materia turística, habrá de emitir informe preceptivo, dentro del trámite previsto en la Ley Reguladora de los Planes Insulares de Ordenación.

4. Los Ayuntamientos afectados por las medidas de este artículo, independientemente del trámite de audiencia y dentro del mismo plazo previsto para ésta, emitirán informe previo, a la aprobación definitiva del Plan Insular respectivo.

*Artículo 59. Adaptación del planeamiento urbanístico municipal.*

La declaración de «zona turística» en los Planes Insulares de Ordenación obligará a los municipios a adaptar su planeamiento general y, en su caso, sus

proyectos de delimitación de suelo urbano y las ordenanzas urbanísticas, para incorporar las limitaciones, restricciones y obligaciones específicas que deriven de tal declaración.

*Artículo 60. Suspensión del planeamiento urbanístico y de la concesión de licencias.*

1. El Gobierno de Canarias podrá suspender, para su revisión y adaptación a las exigencias de este capítulo, la vigencia de los Planes Insulares y de los municipales.

2. De igual manera podrá suspender o, en su caso, solicitar de los Ayuntamientos respectivos la suspensión del otorgamiento de licencias, en las zonas a que se refiere el artículo 58.2 hasta que se produzca la adaptación del planeamiento municipal a las previsiones de los Planes Insulares de Ordenación, en materia turística, o hasta la reforma de éstos, así como cuando motivos de interés turístico, debidamente acreditados, lo justifiquen.

3. La competencia para proponer al Gobierno las medidas previstas en los números anteriores será del departamento competente en materia turística, que la ejercerá en coordinación con el que ostente competencias urbanísticas.

*Artículo 61. Condicionamiento de licencias.*

Las licencias de cualquier tipo que hayan de concederse en las zonas a que se refiere el artículo 58.2 o en suelo calificado como de uso turístico, habrán de otorgarse de conformidad con el planeamiento y con las previsiones de esta Ley, sin lo cual serán nulas.

### III. INSCRIPCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE APERTURA DEL COMPLEJO TURÍSTICO, SU CATEGORÍA Y EMPRESA TURÍSTICA EXPLOTADORA

El título administrativo por el que se concede a una determinada empresa turística el derecho al ejercicio de la actividad en un complejo inmobiliario determinado, conlleva una serie de filtros y controles previos, relativos a los servicios hoteleros o extrahoteleros que ha de prestar, de conformidad con la Ley de Turismo.

*Artículo 24. Autorizaciones previas al ejercicio de actividades turísticas reglamentadas.*

1. El ejercicio de cualquier actividad turística reglamentada requerirá, independientemente de la inscripción en el Registro General de empresas, actividades y establecimientos turísticos, y previa clasificación del establecimiento, en su caso, la correspondiente autorización, cualquiera que sea su denominación, expedida por la administración turística competente, conforme a la normativa de aplicación.

2. La autorización a que este artículo se refiere, será previa a la concesión de la licencia de edificación, cuando ésta proceda e independiente de la licencia

de apertura de establecimientos y de cualesquiera otras autorizaciones que fueran preceptivas por aplicación de la legislación sectorial.

El Registro administrativo es objeto de la siguiente regulación: en la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, se creó el Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos, como instrumento público de conocimiento y seguimiento de la oferta turística, regulándolo en sus artículos 22 y 23.

Dichos preceptos han sido modificados por la Disposición Adicional Tercera (números 2 y 3) de la Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias, con el objeto de conferir al Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos, un papel fundamental en el desarrollo y ejecución de las indicadas Directrices de Ordenación al ser considerado soporte de la información sobre el sector turístico en Canarias procedente de las Administraciones Públicas con competencias en materia de turismo.

La modificación legal somete a inscripción todas aquellas resoluciones por las que se conceda autorización previa al ejercicio de una actividad turística en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley de Ordenación del Turismo de Canarias, incluyendo tanto las autorizaciones turísticas habilitantes para la realización de obras previas a la concesión de las correspondientes licencias de edificación, como las que permitan la apertura, funcionamiento o entrada en servicio de los establecimientos y actividades turísticos, cualquiera que sea la denominación prevista en la normativa sectorial que las regule. Asimismo, serán objeto de inscripción los actos administrativos y las resoluciones judiciales que afecten al contenido de dichas autorizaciones.

El ámbito objetivo de las inscripciones queda completado, de conformidad con lo previsto en el artículo 81 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, con las resoluciones firmes que impongan sanciones por la comisión de infracciones administrativas muy graves o bien graves, siempre que se hayan fundamentado en el artículo 76.19 de dicha Ley.

Asimismo, y de acuerdo con el artículo 22 de la Ley de Ordenación del Turismo de Canarias, la inscripción se practicará de oficio, lo que supone una importante mejora en la prestación de servicios al ciudadano respecto de la regulación anterior.

Las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias también prevén la creación de un sistema de información turística compartido por las tres Administraciones Públicas canarias y vinculado al Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos, como instrumento para acometer adecuadamente la planificación, ordenación y regulación del sector (directriz número 28 de su texto normativo).

Toda vez que tanto el Sistema de Información Turística como el Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos cumplen un cometido primordial en la consecución de un eficaz sistema de control y seguimiento del sector turístico, no pueden concebirse sin el uso de nuevas tecnologías de la información. El impulso de éstas ya viene consagrado por el artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el que se destacan los importantes beneficios que conlleva su uso para las Administraciones Públicas en el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus competencias.

*Artículo 22. Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos.*

1. El Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos es un registro público, custodiado y gestionado por la consejería competente en materia de turismo de la Administración Pública de Canarias, constituyendo el soporte de la información turística procedente de todas las administraciones con competencia en la materia.

2. La inscripción será obligatoria para promover o desarrollar cualquier actividad turística en el ámbito territorial del archipiélago canario.

3. En el Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos serán objeto de inscripción las resoluciones de autorización previa y de apertura de establecimientos turísticos y de iniciación de actividades turísticas, así como todos los actos administrativos y las resoluciones judiciales firmes que afecten al contenido de las mismas.

4. El Registro atenderá al principio de publicidad y se tendrá acceso al mismo en los términos establecidos en la normativa aplicable a los registros públicos administrativos.

5. Reglamentariamente se aprobará el sistema informático que dé soporte al Registro y se regulará el procedimiento a seguir por las administraciones turísticas que produzcan los actos objeto de inscripción para obtener la misma, así como su adaptación a los restantes registros administrativos.

*Artículo 23. Naturaleza de la inscripción.*

1. Los actos administrativos previstos en el apartado 3 del artículo anterior deberán ser inscritos en el Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos antes de procederse a su notificación a los interesados, que tendrá que cursarse dentro del plazo establecido en la legislación sobre procedimiento administrativo común.

2. La eficacia de dichos actos quedará supeditada a su notificación.

3. El Documento acreditativo de la inscripción en el Registro General será requisito previo y necesario para la tramitación, ante cualquier Administración Pública, de expedientes relacionados con la materia turística, incluyendo las licencias municipales de edificación y de apertura de establecimientos.

Tras el correspondiente acto administrativo de la autorización de dicha Empresa Turística, se toma razón en el Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos cuya regulación más específica viene establecida en el *DECRETO 75/2005, de 17 de mayo, por el que se regula el Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos*, así como el sistema de información turística, y se aprueba el sistema informático que les da soporte. Su contenido definido legalmente es el siguiente:

*Artículo 2. Definición legal y naturaleza jurídica.*

El Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos es un registro público cuya custodia y gestión corresponde a la Consejería competente en materia de turismo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, que ha de contener toda la información turística procedente de todas las Administraciones con competencias en la materia.

Los ciudadanos tendrán acceso al Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos en los términos previstos en los artículos 35.h) y 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

*Artículo 3. Dependencia orgánica.*

El Registro General de *Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos* será *custodiado y gestionado por la Dirección General competente en materia de ordenación turística*, sin perjuicio de las potestades de dirección y coordinación que puedan ejercer otros órganos superiores en el marco de lo previsto en el Reglamento Orgánico del Departamento.

*Artículo 4. Objeto de inscripción.*

1. Serán objeto de inscripción:

a) Las resoluciones administrativas referentes a:

- Las *autorizaciones administrativas previas* al ejercicio de las actividades turísticas reglamentadas comprendiendo, las que recaen sobre el proyecto de obras anterior a la licencia municipal y las que permitan la apertura, funcionamiento o entrada en servicio de los establecimientos y actividades turísticas, cualquiera que sea la denominación de dichas autorizaciones previstas en la normativa sectorial turística que las regule.
- Las *autorizaciones de actividades turísticas no reglamentadas*, cualquiera que sea la Administración concedente y su denominación (permiso, habilitación, etc.).
- La imposición de *sanciones* con motivo de la comisión de infracciones a la normativa turística calificadas como muy graves, así como las graves cuando se fundamenten en el artículo 76.19 de la Ley 7/1995, de 6 de abril.

b) Los *actos administrativos y resoluciones judiciales firmes* que afecten al contenido de las resoluciones administrativas inscritas.

2. A los efectos previstos en el número anterior, se entiende por actividad turística reglamentada aquella cuyo ejercicio o desarrollo precisa la obtención de los correspondientes títulos habilitantes o autorizaciones expedidos por las Administraciones turísticas en virtud de lo previsto en la norma reglamentaria que la crea o regula.

Las actividades que, conforme a las previsiones del artículo 2.1 y 51 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, estén o sean calificadas como turísticas y en las que

no concurran los requisitos referidos en el párrafo anterior, tendrán la consideración de actividades turísticas no reglamentadas.

3. Las resoluciones referentes a autorizaciones turísticas previstas en el número anterior serán objeto de inscripción tanto si han sido dictadas de forma expresa, como si se trata de actos producidos por silencio administrativo.

#### *Artículo 5. Procedimiento de inscripción.*

1. El Sistema Informático Turístico (TURIDATA) dará soporte al Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos, realizándose a través de él la gestión y funcionamiento del mismo.

2. Respecto a los órganos y Administraciones Públicas Canarias que utilicen el TURIDATA para la gestión de los procedimientos de conformidad con lo establecido en el artículo 19 del presente Decreto, o que estén conectados a aplicaciones que permitan la transferencia de información a aquel sistema, *la inscripción se realizará automáticamente una vez sea dictado el acto o resolución objeto de inscripción*, con los datos que requiere dicho sistema, y previamente a la notificación de la resolución sancionadora o referente a autorizaciones turísticas.

3. En los demás casos, *los órganos y departamentos que han expedido las resoluciones administrativas inscribibles deberán interesar del órgano gestor del Registro General la inscripción de las mismas previamente a su notificación.*

La inscripción se ha de producir en el plazo máximo de *cinco días* contados desde que ha tenido entrada la solicitud en el órgano gestor del Registro General por cualquier medio, soporte o aplicación telemática, electrónica o informática que cumpla los requerimientos legalmente establecidos.

4. *Los interesados podrán solicitar la inscripción de las resoluciones referentes a autorizaciones turísticas inscribibles obtenidas por silencio administrativo positivo*, previa acreditación de su existencia, por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

La inscripción se ha de practicar en el plazo máximo *de un mes* contado desde que haya tenido entrada la solicitud en el órgano gestor del Registro General.

5. La iniciativa para la inscripción de los actos administrativos y resoluciones judiciales firmes que afecten al contenido de las resoluciones inscritas corresponde a la Administración que dictó la resolución afectada.

6. *Con anterioridad a la inscripción de autorizaciones turísticas referidas a actividades no reglamentadas, el órgano gestor podrá recabar los informes o inspecciones precisas para determinar el carácter turístico de dichas actividades.*

#### *Artículo 6. Asientos de inscripción.*

1. La inscripción de las resoluciones conteniendo autorizaciones de establecimientos y actividades reglamentadas y no reglamentadas constarán de *todos o alguno de los datos siguientes* en función de la naturaleza y características del establecimiento o actividad:

a) Identificación de la *Resolución* objeto de inscripción.

- b) Identificación de la *empresa titular* de la autorización expedida con expresa mención a:
    - b.1. Nombre, apellidos, domicilio, nacionalidad y número del Documento Nacional de Identidad, del pasaporte, de tarjeta de residencia o de identificación fiscal si se trata de *empresarios individuales*.
    - b.2. En caso de *sociedades*, denominación o razón social de la empresa, indicación de su carácter, domicilio, número de código de identificación fiscal y acto de constitución.
  - c) Identificación del *representante o apoderado* de la sociedad o empresario individual, en su caso.
  - d) Identificación del *propietario del establecimiento*, siempre que no coincida con el titular de la autorización.
  - e) *Actividad que desarrolla* de acuerdo con el nomenclátor de actividades que figura en el anexo del presente Decreto.
  - f) *Denominación y localización del establecimiento* autorizado o lugar donde se vaya a desarrollar la actividad objeto de autorización.
  - g) *Clasificación, con indicación de la modalidad y la tipología, así como categoría y capacidad del establecimiento turístico*.
  - h) Matrícula del establecimiento, en su caso.
  - i) Identificación del técnico director, en su caso.
  - j) Presupuesto de la inversión en el caso de que la autorización habilite la realización de obra, así como plazo de ejecución de las mismas.
  - k) *Clasificación del suelo*.
  - l) *Densidad de la parcela*.
  - m) *Fecha* de solicitud de autorización.
  - n) Identificación de otras autorizaciones referidas al establecimiento o actividad.
  - o) Servicios o bienes que se ofrezcan, con referencia expresa de los complementarios autorizados.
  - p) *Condiciones restrictivas y plazo de ejecución* de las mismas y demás circunstancias accesorias, que consten en la autorización.
2. La inscripción de los actos administrativos y resoluciones judiciales firmes que afecten al contenido de las resoluciones de autorizaciones inscritas, deberán contener los siguientes datos:
- a) Identificación del *acto administrativo o resolución judicial*.
  - b) *Identificación* de la resolución inscrita que resulte afectada.
  - c) *Contenido* de la modificación.
3. Las *resoluciones sancionadoras firmes* que vengan dadas por infracciones turísticas muy graves o graves en los términos previstos en el artículo 4, constarán de los siguientes datos:
- a) Identificación de la *Resolución sancionadora*.
  - b) *Hecho constitutivo de la infracción*.
  - c) *Tipo* de sanción.
  - d) Cuantía de la *multa*, en su caso.

4. *La inscripción no convalidará las resoluciones y actos objeto de la misma en los que se aprecien vicios que afecten a su validez.*

*Artículo 7. Funciones del Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos.*

1. Son funciones del Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos:

- a) La inscripción de las resoluciones y actos mencionados en el artículo 4, así como la cancelación y modificación de la misma.
- b) La comunicación de las inscripciones a la Administración a cuya instancia se hubiera practicado.
- c) La expedición del documento acreditativo de la inscripción y su notificación al interesado.
- d) El archivo y custodia de los documentos que sirvan de base a las inscripciones, en su caso.
- e) La expedición de certificaciones de los asientos de inscripción practicados.
- f) La emisión de información que sea solicitada.
- g) La verificación periódica de los asientos inscritos.
- h) La propuesta al titular de la Consejería competente en materia de turismo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias de las modificaciones de los datos inscribibles previstos en el artículo 6 de este Decreto.
- i) Otras que legal o reglamentariamente se establezcan.

2. Las unidades encargadas de la gestión del Registro utilizarán el TURI-DATA con carácter pleno para la realización de las funciones referidas en las letras a), b), c), e) y f) del apartado anterior.

*Artículo 8. Documento acreditativo de la inscripción.*

1. Simultáneamente a la inscripción en el Registro General, se expedirá al titular de la autorización correspondiente un documento que acredite fehacientemente que la inscripción ha sido practicada.

2. Cuando la resolución inscrita a que se refiera el documento acreditativo fuera modificada por una resolución posterior, será expedido un nuevo documento acreditativo al interesado.

3. El documento acreditativo es individual e intransferible y contendrá todos los datos que figuren en el Registro General relativos a la actividad o establecimiento autorizado.

4. El documento a que este artículo se refiere tendrá carácter de documento público y será requisito previo y necesario para la tramitación ante cualquier Administración Pública de expedientes relacionados con la materia turística, en los términos previstos en el artículo 23.3 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias.

*Artículo 9. Certificaciones.*

Las certificaciones que se soliciten deberán emitirse por el órgano encargado de la gestión del Registro dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la solicitud.

*Artículo 10. Verificación de los asientos.*

1. El titular del Centro Directivo del que dependa el Registro, podrá, en cualquier momento, solicitar de los órganos y Administraciones Públicas competentes, la aportación de cuantos datos y documentos considere necesarios para comprobar la exactitud de los datos inscritos o mejorar la inscripción, concediendo, a tal efecto, un plazo de diez días.

2. Cuando de la verificación de los asientos resultase la necesidad de subsanar o mejorar alguno de los datos inscritos, tendrá que emitirse un nuevo documento acreditativo de la inscripción que sustituya al anterior.

*Artículo 11. Horario.*

1. El Registro General permanecerá abierto al público en el horario que determine el titular de la Consejería competente en materia de turismo de la Administración autonómica.

2. Dicho horario se hará público por anuncios en el Boletín Oficial de Canarias y en cada dependencia administrativa en que se ubique el Registro.

No obstante, la llevanza señalada, corresponde al Cabildo Insular respectivo (en concreto, a su Patronato Insular de Turismo) conforme al artículo 24 de la citada Ley del Turismo de Canarias remitir dichas autorizaciones.

Pues bien, tanto «documento acreditativo de la inscripción», a que se refiere el artículo 8 del Reglamento citado, como las certificaciones administrativas a que se refiere el artículo 9 de la toma de razón de dichas empresas o complejos turísticos en el registro administrativo, así como las certificaciones expedidas por el Patronato Insular de cada Cabildo, se constituyen como documento público conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria que puede acceder al Registro de la Propiedad correspondiente a su distrito, de manera que mediante la inscripción de su contenido en el Registro de la propiedad puede quedar constancia en todas las unidades alojativas de los datos identificadores de la autorización, número y descripción de las unidades alojativas que lo componen, categoría, fecha de comienzo de la actividad y nombre comercial del establecimiento.

Con dichas circunstancias, el Registro publica, con efectos frente a terceros, la información coordinada entre las fincas o subfincas registrales que conforman el complejo y los datos de la autorización administrativa de manera que los terceros adquirentes del inmueble conocen el uso o destino para el que está autorizado y quedan protegidos bajo la fe pública registral.

Dichas circunstancias, en el Registro de la Propiedad, se hacen constar mediante el asiento registral consistente en una nota al margen de la inscripción de propiedad horizontal o en su caso de la de declaración de obra nueva.

Atendiendo al principio de descongestión del folio registral y con la finalidad de facilitar la llevanza del historial jurídico de todas y cada una de las fincas que conforman los complejos, pueden también practicarse la cons-

tancia registral de las citadas circunstancias a que se refieren los preceptos de la legislación turística, con un asiento específico de inscripción de las mismas, dando lugar a la apertura de folio independiente como subfincas a cada una de las unidades alojativas que conforman el complejo, si éste no hubiera sido dividido en propiedad horizontal, de modo que quede coordinado el Registro de la Propiedad con el de empresas y complejos turísticos y en su caso con el Catastro (Ley 48/2002, de 23 de diciembre, texto que refunde el contenido de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre; normas para la coordinación Catastro-Registro), si cada unidad alojativa tiene número de referencia catastral independiente. Si está dividido en fincas independientes se hace constar al margen de cada una de ellas.

La presentación en el Libro Diario de la certificación administrativa citada y su despacho vienen precedidas de la definición del complejo turístico en la base gráfica registral, conforme al artículo 9.1.º, último párrafo de la Ley Hipotecaria de coordinación (introducido por Ley 24/2001, de 30 de diciembre) y la identificación de la finca matriz del complejo (donde se describe el solar y la edificación correspondiente). La solicitud para la expedición del certificado administrativo se realiza directamente por el Registrador, a virtud del principio de cooperación administrativa, describiendo tanto registralmente como gráficamente (con planimetría oficial del Gobierno de Canarias) el complejo del que se solicita la certificación.

En los casos en que la certificación administrativa es negativa por no estar dado de alta el complejo en el Registro Administrativo de Empresas y Complejos Turísticos) se hace constar en el legajo auxiliar abierto para esta coordinación, y además se hace constar en el folio de la finca matriz correspondiente, el hecho de ser susceptible de uso turístico, conforme a la normativa urbanística del Plan General de Ordenación aplicable a dicho sector.

La publicidad formal que se expide de las fincas o subfincas registrales contiene los datos de la certificación dentro de la descripción del inmueble —dado que se considera una cualidad de la misma— y en ningún caso se considera carga o gravamen, advirtiéndose de dicha circunstancia en la publicidad formal (nota simple o certificación) que se expida.

Abierto folio independiente a cada unidad alojativa como subfinca en su caso, las mismas, se consideran independientes a todos los efectos, pero no en caso de distribución de responsabilidad hipotecaria ni de disposición separada.

El sistema de coordinación se realiza actualmente en formato papel y correo postal, pudiéndose desarrollar sin excesivo coste, un aplicativo de webservice que permitiera el intercambio de la información por canales seguros de firma electrónica reconocida, entre el órgano del Cabildo Insular competente y/o el sistema informático denominado TURIDATA y el siste-

ma informático de gestión de cada uno de los Registros de la Propiedad de Canarias.

Asimismo, el sistema de intercambio de información y su publicidad podría quedar plasmado en el correspondiente Convenio de Cooperación entre Instituciones, involucrando a los Registradores de la Propiedad de cada isla y el respectivo Decanato del Colegio de Registradores, con el Cabildo Insular correspondiente o en su caso con la Consejería correspondiente del Gobierno de Canarias.

*Artículo 8. Ley de Turismo. Principios generales y técnicas instrumentales.*

Las competencias turísticas de las diferentes Administraciones Públicas canarias se ejercerán bajo los principios de colaboración, coordinación e información multilateral. En aplicación de tales principios se utilizarán las técnicas previstas en la legislación vigente, especialmente la celebración de convenios y de conferencias sectoriales, el establecimiento de consorcios y la elaboración de planes de infraestructuras turísticas.

Para la consecución de dicho objetivo podría utilizarse —como se acaba de señalar— la herramienta denominada TURIDATA, sistema de información turística regulada por el mentado *DECRETO 75/2005, de 17 de mayo*.

*Artículo 12. Implantación y definición.*

De conformidad con lo establecido en la directriz número 28 del texto normativo de las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias, aprobadas por la Ley 19/2003, de 14 de abril, se implanta el Sistema de Información Turística, que se define como el instrumento que, vinculado al Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos y compartido por las Administraciones Públicas canarias, integra la información con relevancia o incidencia en el sector del turismo en Canarias.

*Artículo 13. Objetivos.*

1. El Sistema de Información Turística tiene como objetivo permitir el conocimiento integral del sector del turismo en Canarias como instrumento de apoyo para acometer la ordenación, planificación y regulación del mismo.
2. A tales efectos, el Sistema de Información Turística habrá de:
  - a) Recabar y gestionar la información que resulte necesaria para el ejercicio de las competencias de las Administraciones Turísticas canarias.
  - b) Facilitar el control y seguimiento de la oferta turística, así como el análisis de los efectos económicos, sociales y medioambientales de la actividad turística.
  - c) Proveer de información a los medios y canales turísticos de difusión comercial y promocional.
  - d) Propiciar la coordinación de actuaciones que deba efectuarse para la definición y consecución de las políticas turísticas de ordenación, infraestructura, promoción y fomento.

*Artículo 14. Organización y funcionamiento.*

1. El Sistema de Información Turística se organizará en los siguientes módulos o subsistemas interrelacionados:

- a) Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos.
- b) Inspección y sanciones en materia turística.

2. El Sistema Informático Turístico (TURIDATA) dará soporte al Sistema de Información Turística, realizándose a través de aquél la gestión y funcionamiento de éste.

...

*Artículo 15. Aprobación y definición.*

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, en relación con el artículo 45.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se aprueba la implantación del Sistema Informático Turístico, bajo la denominación de TURIDATA, que se define como aquel sistema informatizado de gestión integrada de la información en materia turística que abarca todas las áreas funcionales de la Consejería competente en materia de turismo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y que servirá de soporte al Sistema de Información Turística y, en particular, al Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos.

2. Por Orden de la Consejería competente en materia de turismo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma se desarrollarán las condiciones y características de orden técnico y funcional del TURIDATA, sin perjuicio de las competencias de la Dirección General competente en materia de telecomunicaciones.

*Artículo 16. Objetivos.*

El TURIDATA responde a los siguientes objetivos:

- a) La aplicación de un sistema informático de gestión y centralización de la información en materia turística procedente de las Administraciones turísticas.
- b) La ordenación sistemática de la información en materia turística.
- c) El tratamiento homogéneo de los datos.
- d) La integración de todas las áreas funcionales de la Consejería competente en materia de turismo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.
- e) La optimización y simplificación de los procedimientos de gestión administrativos.
- f) El conocimiento exacto de la incidencia que el ejercicio de las competencias que influyan en el desarrollo del turismo comporte al sector.

*Artículo 17. Principios.*

La implantación y gestión del TURIDATA responde a los siguientes principios:

- a) Captura descentralizada de información que facilite la comunicación y coordinación entre los distintos órganos y Administraciones Públicas, garantizándose la coherencia de la información obtenida, mediante la utilización de criterios únicos y tratamiento homogéneo de la información.
- b) Agrupación y consolidación de la información en una única base de datos y suministro de la misma a los órganos y Administraciones Públicas conectados al Sistema en el ámbito exclusivo de sus funciones o competencias.

*Artículo 18. Ámbito objetivo.*

El TURIDATA estará integrado por los módulos o subsistemas que figuran en el artículo 14.1 de este Decreto, debiéndose para ello establecer los cauces de colaboración, cooperación, coordinación e información multilateral que resulten necesarios entre las Administraciones Públicas.

En la forma y condiciones que resulte acordada se podrá conectar e instalar el TURIDATA en aquellas Administraciones Públicas municipales que así lo soliciten y cuenten con los requerimientos funcionales necesarios para adherirse al sistema.

*Artículo 19. Ámbito subjetivo.*

1. Los órganos y departamentos de las Administraciones Públicas canarias con competencia en materia de turismo podrán utilizar el TURIDATA para la gestión de los procedimientos de autorización de actividades turísticas reglamentadas y los sancionadores, facilitando los datos que sean necesarios o convenientes para el eficaz funcionamiento del sistema.

2. Las Administraciones Públicas canarias con competencias relacionadas con actividades turísticas no reglamentadas podrán adherirse al TURIDATA con arreglo a lo establecido en el presente Decreto o en las normas que se dicten para su desarrollo en los términos que resulten acordados en los instrumentos jurídicos correspondientes.

3. Asimismo, a través del TURIDATA se podrá remitir a la Consejería competente en materia de turismo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias aquellos datos sobre los que exista el deber legal de comunicación por parte de otras Administraciones Públicas.

*Artículo 20. Administración del TURIDATA.*

1. La administración del TURIDATA será única y estará centralizada en la Consejería competente en materia de turismo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, sin perjuicio de las funciones que pudieran atribuirse a otras Administraciones de acuerdo con los principios de celeridad y eficacia.

2. El administrador del TURIDATA será el titular del Observatorio del Turismo de Canarias y le corresponderá la responsabilidad del funcionamiento y seguridad del sistema en su integridad.

3. El administrador del TURIDATA puede operar en la totalidad de las aplicaciones del sistema, debiendo respetar en todo caso las competencias de los distintos órganos y Administraciones Públicas.

4. Corresponden al administrador del TURIDATA las siguientes funciones:

a) La coordinación de las actuaciones de los órganos y Administraciones Públicas que puedan incidir en el normal funcionamiento y mejora del TURIDATA.

...

f) La creación de los accesos al sistema, garantizando en su configuración los niveles que sean necesarios para la correcta organización y seguridad del Sistema.

g) La tutela del cumplimiento de las medidas de seguridad, así como de los principios de seguridad, diligencia, exactitud, confidencialidad, actualidad e inmediatez.

h) Otras que se establezcan reglamentariamente.

5. Las funciones señaladas en el apartado anterior podrán atribuirse a otras Administraciones adscritas al sistema, salvo las referidas en las letras a), b), c), d) y e) que habrán de ser desempeñadas, en todo caso, por el administrador del TURIDATA.

#### DISPOSICIONES ADICIONALES

*Primera.—Comunicación de las autorizaciones previas.*

La comunicación de las autorizaciones previas a la Consejería competente en materia de turismo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, prevista en el apartado 6 del artículo 6 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, se considerará realizada con el cumplimiento de las determinaciones establecidas en el presente Decreto.

*Segunda.—Publicidad.*

La Consejería competente en materia de turismo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias podrá dar publicidad o permitir el acceso a datos que obren en el TURIDATA en la forma en que se determine por el titular de aquella, sin más limitaciones que las establecidas en la legislación sobre protección de datos de carácter personal, pudiendo utilizar para ello medios telemáticos, informáticos o electrónicos.

Dichos datos se podrán hacer públicos utilizando los medios y soportes de difusión y comunicación que resulten más adecuados en función de los destinatarios de la información y su contenido.

#### DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Única.—Queda derogado el Decreto 67/1996, de 18 de abril, del Reglamento Regulador del Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos, así como todas aquellas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en el presente Decreto.

El Decreto da cumplimiento a las Directrices de Ordenación General del Turismo de Canarias para conseguir una mayor agilización, simplificación y operatividad en el proceso administrativo del Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos, en la organización y funcionamiento del Sistema de Información Turística y en la aplicación del Sistema Informático Turístico.

Por otra parte, el proceso de transferencia de competencias a los Cabildos Insulares en materia de autorización de determinadas actividades turísticas ya venía demandando el uso de nuevas tecnologías de la información que faciliten la comunicación y coordinación interadministrativas.

Con estos fines, el Plan de Excelencia y Liderazgo del Sector Turístico de Canarias (ELITUR) sentó las bases para el desarrollo e implantación de un sistema informático turístico que, abarcando las distintas áreas funcionales de la Consejería competente en materia de turismo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, posibilitara la disponibilidad y tratamiento eficaz de la información y, por otro lado, mejorara la calidad de la gestión y servicios prestados por la Administración Turística, sirviendo, en todo momento, de soporte al Sistema de Información Turística.

Ya en producción, comienza a servir para optimizar la gestión del Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos y demás áreas funcionales de la Consejería competente en materia de turismo de la Administración Pública de Canarias, *asegurando la interrelación de todas ellas*. Asimismo, constituirá el soporte del sistema de información turística en los términos ya expresados.

Así fue aprobado, de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 y Disposición Final Primera de la Ley 7/1995, de 6 de abril, a propuesta de los Consejeros de Turismo y de Presidencia y Justicia, de acuerdo con el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, y previa deliberación del Gobierno en su reunión celebrada el día 17 de mayo de 2005.

Con ello, se han puesto en marcha el Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos (RGEAE), junto al Sistema de Información Turística (SIT) y el Sistema Informático Turístico (TURIDATA), dando cumplimiento a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias.

Se conseguirá una mayor agilización, simplificación y operatividad en el proceso administrativo del Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos, así como en la organización y funcionamiento del Sistema de Información Turística y en la aplicación del Sistema Informático Turístico.

Con la creación del Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos, el Gobierno de Canarias cuenta con un soporte de la información sobre el sector turístico en Canarias procedente de las Administraciones Públicas con competencias en materia de turismo, donde se inscribirán todas las resoluciones por las que se conceden autorizaciones previas al ejercicio de una actividad turística, el funcionamiento o entrada en servicio de los establecimientos y actividades turísticas y las resoluciones judiciales que afecten al contenido de las autorizaciones.

Además, la regulación del Sistema de Información Turística, compartido por las tres administraciones públicas canarias y vinculado al Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos, garantizará que se efectúe adecuadamente la planificación, ordenación y regulación del sector.

Un sistema que funcionará por módulos, entre los que están, además, del RGEAT, inspección y sanciones en materia turística, las subvenciones destinadas a establecimientos o actividades turísticas, estadísticas instrumentales de apoyo a las funciones de ordenación, planificación, promoción turística, infraestructuras y formación turística.

El funcionamiento de Turidata permite la introducción de datos por parte de los Cabildos, que se registren las resoluciones y que se emitan los certificados de inscripción de forma automática.

Igualmente, Turidata aporta numerosas ventajas como:

- Información actualizada desde el comienzo de la solicitud del procedimiento administrativo.
- Datos de las actividades turísticas.
- Explotación de los datos por parte de la Administración.
- Optimización y simplificación de los procedimientos de gestión administrativa.
- Conocimiento exacto e incidencia de las actividades que influyan en el desarrollo del turismo en Canarias.

El Sistema de Información Turística se desarrolla de manera modular. Existe una base de datos, núcleo central del sistema, y una serie de aplicaciones que la explotan para dar servicio a las distintas funcionalidades que se desea sistematizar. La base de datos, núcleo del sistema, recoge todos los datos de empresas, actividades y establecimientos turísticos necesarios para la gestión de las actividades y expedientes de la Administración Turística Canaria.

Se trata de un sistema de bases de datos relacionales que se nutre de los datos introducidos por las distintas administraciones durante la gestión habitual de sus expedientes administrativos.

Cada Módulo, a su vez contiene dos tipos de aplicaciones:

- Una aplicación para la gestión de la base de datos propia. Esta aplicación permite las altas, bajas y modificaciones de los datos propios de cada módulo, así como las operaciones necesarias para emisión de informes, mantenimiento de archivos históricos, jerarquía de autorizaciones, verificaciones lógicas y seguridad.
- Una aplicación para la gestión de los expedientes administrativos, que incluye los flujos de trabajo de cada módulo sistematizados, con tareas y documentos estándar, conectada a la base de datos de la que extrae la información necesaria para los expedientes administrativos manejados en cada módulo.

El Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos recoge la Inscripción de todos los datos de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos necesarios para la gestión y expedientes de la Administración Turística de Canarias:

- Inscripción de personas físicas, empresas, actividades no reglamentadas.
- Autorización previa establecimientos alojativos hoteles, extrahoteles, rurales.
- Autorización apertura establecimientos alojativos hoteles, extrahoteles, rurales.
- Autorización apertura establecimientos de restauración.
- Cambios de titularidad, denominación comercial, denominación social.
- Bajas temporales y definitivas.
- Nombramientos de director.

#### IV. INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO MATERIAL HABILITANTE O DEL CONTRATO DE CESIÓN EN ARRENDAMIENTO DEL INMUEBLE POR EL TITULAR REGISTRAL A LA EMPRESA EXPLOTADORA DEL COMPLEJO O AL TOUR-OPERADOR (SI QUIEN REALIZA LAS LABORES DE GESTIÓN SON LOS ÓRGANOS DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL)

El título material habilitante, por el que la empresa explotadora del complejo puede disponer —a efectos de destinarla al negocio hotelero o extraho-

telero— de una cierta y determinada unidad alojativa, puede ser cualquiera admitido en Derecho (art. 39.2 de la Ley de Turismo de Canarias, antes transcrito) y no se exige ninguna forma concreta para el mismo.

Han sido numerosas las consecuencias del intento de favorecer que los titulares dominicales de las unidades alojativas de los complejos cedieran a una sola empresa explotadora el uso de las mismas, llegando incluso a plantearse una pregunta en el Parlamento Europeo al respecto.

Pero en lo que aquí interesa, baste señalar que dichos títulos de cesión del uso para la explotación turística pueden acceder al Registro de la Propiedad, ya que se encuentran dentro de los determinados por el artículo 2 de la Ley Hipotecaria. Ello siempre que la calificación del Registrador de cada título en concreto sea favorable, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Sea como arrendamiento, o sea como cesión de derecho de uso o de habitación, la inscribibilidad del mismo permitiría la oponibilidad de dichas relaciones contractuales frente a terceros que las negaren, y permitiría a las empresas explotadoras un mejor control de la comunidad de propietarios en la que se incardinan las unidades alojativas.

Ello favorece, sin duda, el principio de la unidad de explotación y la prestación de servicios con mayor calidad.

Sin embargo, ha de reconocerse que el excesivo coste del formalismo en la documentación ha impedido que hasta la actualidad accedan normalmente al Registro de la Propiedad dichos contratos civiles.

Tal vez, la incorporación de los documentos de cesión del uso o habitación (entre el titular registral y la empresa explotadora) al documento administrativo de la Autorización de apertura y ejercicio de la actividad turística, pudiera ser el vehículo eficiente para que se rebajen drásticamente los costes del acceso de los mismos al Registro de la Propiedad al no tener que cumplir otros requisitos previos, sino la calificación del Registrador.

Favoreciéndose además la transparencia fiscal del pago de rentas o contraprestación entre las empresas explotadoras, touroperadores y titulares de inmuebles —unidades alojativas— cedidas para el negocio hotelero o extrahotelero.

## EFFECTOS DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL DESTINO Y USO TURÍSTICO DE LOS INMUEBLES

Los efectos de dicha constancia registral —sea cual fuere el sistema de acceso— son muy amplios y de trascendencia:

1. Publicita con referencia a las fincas registrales el contenido del registro administrativo de la Ley del Turismo, favoreciendo el acceso a dicha información.

2. Permite el ejercicio de los derechos a que faculta la autorización del uso turístico en una unidad de explotación, como valor añadido de cada finca registral.
3. Permite a los terceros y a los usuarios del Registro conocer las limitaciones de uso del inmueble.
4. Facilita a los usuarios y a las Administraciones Públicas conocer la titularidad dominical de los complejos turísticos y sus cargas.
5. Coadyuva en la reestructuración de los complejos en fase de reorganización así como aquellos que pretenden su reforma.
6. Concentra la información turística, dominical, catastral y urbanística de los inmuebles.
7. Permite una publicidad formal tanto por datos georreferenciados como por datos jurídicos a bajo coste y de inmediato.
8. Favorece el crédito territorial, al publicarse una cualidad de las fincas objeto de garantía para las necesidades de financiación de las reformas que han de acometer las empresas, y ofrecer a las entidades financieras una nueva garantía: la cesión del pago de rentas turísticas, en su caso.
9. Coadyuva a la transparencia fiscal de las relaciones tour-operador-empresa explotadora-titular dominical de unidades alojativas.

## CONCLUSIÓN

El Registro de la Propiedad puede ser instrumento útil para favorecer las transformaciones de los complejos turísticos en fase de reforma, mediante la publicitación del uso y destino turístico, dando seguridad a las transmisiones de las unidades alojativas y permitiendo un fácil control del uso y destino acorde con la normativa turística aplicable.

Ello se consigue con unos bajos costes transaccionales y puede favorecerse especialmente con la cooperación institucional entre los Cabildos Insulares y los Registros de la Propiedad, o entre la Dirección General de empresas, actividades y establecimientos turísticos de Canarias, mediante el uso de las nuevas tecnologías que permiten de modo sencillo coordinar los ficheros de empresas turísticas y de complejos turísticos dados de alta, con las fincas registrales en las que consta el historial jurídico y titularidad bajo la salvaguarda de los Tribunales de Justicia.

ANEXOS

I. DOCUMENTO INSTANDO LA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

....., REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DEL DISTRITO HIPOTECARIO DE ....., TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS.

Atentamente saludo y participo:

Con el fin de dar cumplimiento a lo previsto en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, y el artículo 38.2 y Disposición Transitoria Única de la Ley 7/1995, de 6 de abril, y su modificación por la Ley 5/1999, de 15 de marzo, de Ordenación del Turismo de Canarias.

Y conforme a los artículos 22 y 23 de la citada Ley del Turismo de Canarias que, entre otras, disponen: Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos; Naturaleza de la inscripción; «El documento acreditativo de la inscripción en el Registro General será requisito previo y necesario para la tramitación, ante cualquier Administración pública, de expedientes relacionados con la materia turística, incluyendo las licencias municipales de edificación y de apertura de establecimientos».

Y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 78.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas- Procedimientos Administrativos Comunes.

Se libra el presente, a los efectos de que se proceda a la expedición de la Certificación Administrativa de la autorización concedida por ese organismo, en la que conste el número de unidades alojativas y número de orden, destinadas a explotación turística, autorización de apertura y toma de razón en el Registro Administrativo, así como cualquier otro dato que estimen pertinente para la coordinación con el Registro de la Propiedad.

Ello respecto de la finca registral \*T(n.º finca)\* , cuyos datos son los siguientes:

URBANA: \*T(Descripción finca, importante nombre del establecimiento turístico y dirección)\*

....., \*fecha\*

El Registrador

.....

AL SEÑOR GERENTE DEL PATRONATO DE TURISMO del EXCELENTISIMO CABILDO INSULAR DE .....

## II. MODELOS PARA LA PRÁCTICA DE LOS DIFERENTES ASIENTOS REGISTRALES

### 1.º) EN EL CASO DE QUE EL ESTABLECIMIENTO NO ESTÉ DESTINADO A LA EXPLOTACIÓN TURÍSTICA

#### a) Al margen de la finca matriz

*El establecimiento extrahotelero del que forma parte la vivienda que integra la finca de este número, está ubicado en una zona susceptible de actividad turística, pudiendo darse constancia registral a la vinculación de las unidades alojativas que integran el conjunto destinadas a dicha actividad, cuya finalidad puede ser ejercitada o no por el titular de la finca, lo cual no entraña limitación ni carga alguna sobre la misma, de conformidad con el artículo 38.2 y Disposición Transitoria Única de la Ley 7/1995, de 6 de abril, y su modificación por la Ley 5/1999, de 15 de marzo, de Ordenación del Turismo de Canarias, en los términos previstos en la legislación específica; si bien, según el documento administrativo —informe— expedido en Las Palmas de Gran Canaria, el día ....., por la Jefa de la Oficina de Renovación y Establecimientos Turísticos, dicho complejo no se encuentra dado de alta en explotación turística, según consta en nota puesta al margen de la inscripción .... de la finca matriz de la que ésta procede.*

#### b) En el texto en la inscripción:

El establecimiento extrahotelero del que forma parte la finca que integra la de este número, está ubicado en una zona susceptible de actividad turística, pudiendo darse constancia registral a la vinculación de las unidades alojativas que integran el conjunto destinadas a dicha actividad, cuya finalidad puede ser ejercitada o no por el titular de la finca, lo cual no entraña limitación ni carga alguna sobre la misma, de conformidad con el artículo 38.2 y Disposición Transitoria Única de la Ley 7/1995, de 6 de abril, y su modificación por la Ley 5/1999, de 15 de marzo, de Ordenación del Turismo de Canarias, en los términos previstos en la legislación específica; si bien, según el documento administrativo expedido en Las Palmas de Gran Canaria, el día .... por la Jefa de la Oficina de Renovación y Establecimientos Turísticos del Patronato de Turismo del Cabildo de Gran Canaria, dicho complejo no se encuentra dado de alta en explotación turística; según consta en nota puesta al margen de la finca matriz de la que ésta procede.

2.º) EN EL CASO DE QUE TODO EL ESTABLECIMIENTO TIENE CONCEDIDA LA AUTORIZACIÓN PARA DESTINARSE A LA ACTIVIDAD TURÍSTICA

a) Al margen de la finca matriz

*El establecimiento extrahotelero a que se refiere la inscripción adjunta, denominado ....., sito en ..... en este término municipal, tiene concedida autorización para poder destinarse a la actividad turística, según expediente administrativo (E-....). Dicho conjunto tiene apertura de fecha \*fecha\*, categoría \*T(SEGUNDA —dos llaves—)\*, y está formado por \*T(número de unidades)\* con capacidad para \*T(número de plazas)\*, quedando constancia registral de dicha cualidad de la finca, que puede ser ejercitada o no por su titular, así como la VINCULACION DE LAS UNIDADES ALOJATIVAS que integran el Conjunto a la referida actividad, la cual no entraña limitación ni carga alguna, de conformidad con los artículos 22 y 23 de la Ley del Turismo de Canarias, y el artículo 38.2 y Disposición Transitoria Única de la Ley 7/1995, de 6 de abril, y su modificación por la Ley 5/1999, de 15 de marzo, de Ordenación del Turismo de Canarias. Así resulta de documento administrativo —informe— expedido en Las Palmas de Gran Canaria, el día \*fecha\*, por la Jefa de la Oficina de Renovación y Establecimientos Turísticos, doña Vanessa Cáceres Harris, presentada a ..... horas del día de hoy, asienta número ..... del Diario ....., archivándose dicho documento en los legajos de este Registro. San Bartolomé de Tirajana, \*fecha\*.*

b) En cada uno de los predios o subfincas

*El establecimiento extrahotelero del que forma parte la finca que integra la de este número, denominado ....., sito en ..... en este término municipal, tiene concedida autorización para poder destinarse a la actividad turística, según expediente administrativo (E-....). Dicho conjunto tiene apertura de fecha \*fecha\*, categoría \*T(SEGUNDA —dos llaves—)\*, y está formado por \*T(número de unidades)\* con capacidad para \*T(número de plazas)\*, quedando constancia registral de dicha cualidad de la finca, que puede ser ejercitada o no por su titular, así como la VINCULACION DE LAS UNIDADES ALOJATIVAS que integran el Conjunto a la referida actividad, la cual no entraña limitación ni carga alguna, de conformidad con los artículos 22 y 23 de la Ley del Turismo de Canarias, y el artículo 38.2 y Disposición Transitoria Única de la Ley 7/1995, de 6 de abril, y su modificación por la Ley 5/1999, de 15 de marzo, de Ordenación del Turismo de Canarias, según documento administrativo —informe— expedido en Las Palmas de Gran Canaria, el día \*fecha\*, por la Jefa de la*

Oficina de Renovación y Establecimientos Turísticos; según consta en nota puesta al margen de la finca matriz de la que ésta procede.

En la nota de despacho se pone esta última nota, pero señalando que se trata de la finca de referencia.

*Modelo de asiento de presentación*

A las \*HORA\_ENTRADA\*, RECIBIDO POR CORREO del CABILDO DE GRAN CANARIA, ÁREA DE TURISMO, se presenta documento administrativo, expedido en Las Palmas de Gran Canaria, el día \*FECHA\_DOCUMENTO\*, por la Jefa de la Oficina de Renovación y Establecimientos Turísticos, por la que se hace constar la situación administrativa del establecimiento extrahotelero «\*T(ESTABLECIMIENTO)\*», sito en \*T(LUGAR)\*, de este término municipal.

*Modelo de nota marginal del asiento de presentación*

INSCRITO el documento presentado por la inscripción \*INSCRIPCIÓN\*\*<sup>a</sup> de la finca \*N.º FINCA\* (finca matriz), al folio \*FOLIO\* del tomo \*TOMO\*, libro \*LIBRO\*; con la CALIFICACIÓN archivada en su legajo. San Bartolomé de Tirajana, a \*fecha\*.

III. **NORMATIVA AUTONÓMICA APLICABLE A LA EXPLOTACIÓN TURÍSTICA**

1. LEY 7/1995, DE 6 DE ABRIL. CA CANARIAS (ORDENACIÓN DEL TURISMO)  
BOLETÍN OFICIAL DE  
CANARIAS/BOLETÍN  
OFICIAL DEL ESTADO      19-04-1995      Autónoma/Canarias
  
2. LEY 6/2001 DE 23 DE JULIO. CA CANARIAS (MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DEL TURISMO DE CANARIAS)  
BOLETÍN OFICIAL DE  
CANARIAS/BOLETÍN  
OFICIAL DEL ESTADO      26-07-2001      Autónoma/Canarias
  
3. DECRETO 10/2001, DE 22 DE ENERO. CA CANARIAS (ESTÁNDARES TURÍSTICOS)  
BOLETÍN OFICIAL  
DE CANARIAS      05-02-2001      Autónoma/Canarias

4. LEY 11/1997, DE 12 DE DICIEMBRE. CA MURCIA (TURISMO)
  5. DECRETO 56/2003, DE 30 DE ABRIL. CA CANARIAS (APROBACIÓN DEFINITIVA Y DE FORMA PARCIAL DEL PLAN TERRITORIAL ESPECIAL DE DESARROLLO TURÍSTICO DE LA ISLA DE LA GOMERA)  
BOLETÍN OFICIAL  
DE CANARIAS                      25-06-2003                      Autonómica/Canarias
  6. LEY 5/1999, DE 15 DE MARZO. CA CANARIAS (MODIFICACIÓN DE LA LEY 7/1995, DE ORDENACIÓN DEL TURISMO DE CANARIAS)  
BOLETÍN OFICIAL  
DE CANARIAS                      24-03-1999                      Autonómica/Canarias
  7. LEY 19/2003, DE 14 DE ABRIL. CA CANARIAS (DIRECTRICES DE ORDENACIÓN GENERAL Y DIRECTRICES DE ORDENACIÓN DEL TURISMO)  
BOLETÍN OFICIAL  
DE CANARIAS/BOLETÍN  
OFICIAL DEL ESTADO              15-04-2003                      Autonómica/Canarias
  8. LEY 42/1998, DE 15 DE DICIEMBRE (DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES DE USO TURÍSTICO)  
BOLETÍN OFICIAL  
DEL ESTADO                      16-12-1998                      Estatal
  9. DECRETO 150/2002, DE 16 DE OCTUBRE. CA CANARIAS (APROBACIÓN DEFINITIVA DEL PLAN INSULAR DE ORDENACIÓN DE TENERIFE)  
BOLETÍN OFICIAL  
DE CANARIAS                      19-10-2002                      Autonómica/Canarias
  10. LEY 6/2002, DE 12 DE JUNIO. CA CANARIAS (MEDIDAS DE ORDENACIÓN TERRITORIAL DE LA ACTIVIDAD TURÍSTICA EN LAS ISLAS DE EL HIERRO, LA GOMERA Y LA PALMA)  
BOLETÍN OFICIAL  
DE CANARIAS/BOLETÍN  
OFICIAL DEL ESTADO              01-07-2002
- DECRETO 75/2005,  
de 17 de mayo, por el que  
se regula el Registro  
General de Empresas,  
Actividades y  
Establecimientos Turísticos      17-05-2005*

#### IV. INFORME SOBRE PROTECCIÓN REGISTRAL DE LA PROPIEDAD Y LA EXPLOTACIÓN TURÍSTICA

INFORME QUE SE EMITE, EN INTERÉS DEL ILMO. SEÑOR DON MALCOM HARBOUR, DIPUTADO DEL PARLAMENTO EUROPEO PARA LA REGIÓN DE WEST MIDLANDS, REINO UNIDO, ASP 14E 209

##### ANTECEDENTES

En la sede del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España en Bruselas se recibe la siguiente petición de información, formulada por el señor eurodiputado don Malcom Harbour que, a su vez, es remitida por el Servicio de Consumidores y Usuarios de Madrid a esta Sede Territorial.

##### CONSULTA

I wondered if you could provide me with some information further to an enquiry that I have received from one of my constituents who owns a property in the Canary Islands.

The enquiry concerns a law which is apparently going to be enforced only in the Canary Islands, unfortunately I do not have a reference number but the details are as follows:

It would appear that the letting of privately owned holiday apartments is to be strictly controlled and only one person on any complex will be able to let and manage all apartments on that complex. This person must currently own at least 50% plus 1 apartment on that complex, in order to become the sole agent.

My constituent has also been led to believe that if this law is implemented the letting agent of the complex will be able to demand a set of keys to all apartments on the complex.

This would include the keys of properties owned by English people who keep their apartments for their own use.

The prospect of such stringent regulations has caused some considerable concern in the Canary Islands for three years and it is very difficult to ascertain the legal situation. It is also difficult to believe that a law could be implemented which would force the owner of a property to hand control of that property to an individual who has not even been elected by the community of owners.

I would be very grateful if you could provide me with some further details about this law at your earliest convenience. In addition, if this law is

going to be enforced in the Canary Islands, does that mean that it will be enforced in mainland Spain also?

I would welcome your comments on this matter or suggestions as to the steps owners might take in what appears to be an infringement of their civil liberties, and rights to privacy.

## DICTAMEN

### 1. NORMAS LEGALES QUE REGULAN LA ORDENACIÓN DEL TURISMO EN CANARIAS RESPECTO A LA MATERIA CONSULTADA

Estatuto de Autonomía de Canarias, artículo 11.7 de la Ley 7/1995, de Ordenación del Turismo en Canarias (publicada en el Boletín Oficial de Canarias —en adelante BOC— el 19 de abril de 1995), reformada por Ley 7/1997, de 4 de julio (BOC de 16 de julio de 1999), a su vez reformada por Ley 5/1999, de 15 de marzo (BOC de 24 de marzo de 1999), y reformada EN SU ASPECTO SANCIONADOR por el artículo 10 de la Ley 2/2000, de 17 de julio (BOC de 28 de julio de 2000).

### 2. MATERIA A LA QUE, AL PARECER, SE REFIERE LA CONSULTA

Principio de «unidad de explotación turística» respecto de las unidades alojativas situadas dentro de un mismo complejo urbanístico en Canarias.

### 3. REGULACIÓN CONCRETA: LEY DE ORDENACIÓN DEL TURISMO EN CANARIAS

«Artículo 38. *Principio de unidad de explotación.*

1. La explotación turística de los establecimientos alojativos, en sus distintas modalidades, deberá efectuarse bajo el principio de unidad de explotación.

2. A los efectos de esta Ley, se entiende por unidad de explotación el sometimiento a una única empresa de la actividad de explotación turística alojativa en cada uno de los establecimientos, conjunto unitario de construcciones, edificios o parte homogénea de los mismos, cuyas unidades alojativas habrán de estar destinadas en su totalidad a la actividad turística a la que quedan vinculadas, *procediendo la constancia registral de esta vinculación en los casos y términos previstos en la Legislación específica sobre la materia (Ley y Reglamento Hipotecarios de 8 de febrero de 1946 y de 14 de febrero de 1947, y disposiciones posteriores que los complementan).*

3. A los efectos previstos en el presente artículo, la explotación turística comprende el desarrollo de todas aquellas actividades de gestión, administración y dirección comercial propias de la prestación del servicio de alojamiento turístico».

*«Artículo 39. Empresas explotadoras.*

1. Las empresas que lleven a cabo la explotación turística referida en el artículo anterior podrán adoptar cualquiera de las formas y modalidades propias de una actividad empresarial, *debiendo ostentar con carácter previo a su ejercicio, título habilitante expedido por los propietarios*, salvo en el supuesto que sean éstos quienes lleven a cabo directamente la explotación, mediante cualquiera de los medios organizativos antes referidos, entre los que se entiende incluido la comunidad de propietarios.

2. *El título habilitante, antes referido, habrá de constar documentalmente y tendrá que presentarse ante la administración turística competente en la materia, acreditando la autenticidad de la voluntad expresada en el mismo por cualquiera de los medios admitidos en Derecho».*

*Artículo 40. Requisitos y condiciones de la unidad de explotación.*

La unidad de explotación de alojamientos turísticos requiere:

- a) Destinar un número suficiente de personas a la explotación.
- «b) Unas instalaciones destinadas a la recepción que sean suficientes y con atención permanente al cliente».
- c) Mantener en dicha recepción y a disposición de los clientes un ejemplar de esta Ley y de los Reglamentos vigentes en cada momento en materia de alojamientos turísticos, permiso de apertura turística y municipal y las hojas de reclamaciones.

*Artículo 41. Excepciones al principio.*

La Consejería competente en materia turística podrá dispensar la aplicación del principio de unidad de explotación cuando entre las diferentes unidades del inmueble exista total independencia de acceso, servicios, zonas comunes, instalaciones y equipamiento.

*Artículo 42. Consecuencias del incumplimiento del principio.*

1. Los alojamientos *que no sigan el principio de unidad de explotación* quedarán excluidos de la oferta turística de Canarias, con las siguientes consecuencias:

- «a) No se autorizará su actividad turística alojativa o, en su caso, se revocará la autorización otorgada».

- b) Sólo podrán ser alquilados o arrendados conforme a las disposiciones del Código Civil o de la Ley de Arrendamientos Urbanos y en ningún caso para uso turístico.
- c) No podrán ser incluidos en los catálogos ni comercializados por agencias de viajes.

2. El incumplimiento del principio de unidad de explotación y de sus requisitos y condiciones se considerará infracción y será sancionado con arreglo a esta Ley.

«3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no es incompatible con la obtención de autorización respecto a aquellas modalidades turísticas alojativas que, por su especialidad, presenten excepción a algunos de los requisitos definidores del principio de unidad de explotación, de acuerdo con la normativa que las regule».

#### *Disposición Transitoria de la Ley de 1999*

Única. Aplicación del principio de unidad de explotación.

1. *Los establecimientos alojativos que a la entrada en vigor de esta ley estuvieran autorizados para el ejercicio de la actividad turística y aquellos, que habiendo solicitado autorización no hayan obtenido resolución expresa en el plazo fijado normativamente para ello estarán sujetos al principio de unidad de explotación, con las siguientes especialidades:*

- a) *Deberán estar destinadas a la explotación turística más del 50 por 100 de las unidades alojativas del inmueble de que se trate.*
- b) *El título habilitante otorgado por los propietarios a la empresa explotadora contendrá una delegación expresa a favor de aquélla para la adopción de las decisiones y medidas que afecten a la administración, gestión y uso de las zonas e instalaciones comunes.*

2. Los establecimientos referidos en el apartado anterior, dispondrán del plazo de un año para cumplimentar el principio de unidad de explotación en los términos expresados.

A estos efectos, en aquellos establecimientos en los que concurrieren en la explotación turística dos o más empresas, de no alcanzar éstas un acuerdo para hacer efectiva la unidad de explotación, sólo será considerada, en su caso, como empresa explotadora aquella que tuviera a su cargo más del 50 por 100 de las unidades alojativas del inmueble destinadas a la actividad turística alojativa.

3. La aplicación de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 44 de la Ley de Ordenación del Turismo de Canarias a los inmuebles a que se refie-

re el apartado 1 de esta disposición, se extenderá igualmente a los elementos comunes del mismo.

5. *El incumplimiento o imposibilidad de la adaptación establecida en los apartados anteriores supone la aplicación de las consecuencias previstas en el artículo 42 de la Ley de Ordenación del Turismo de Canarias.*

Primera. Se autoriza al Gobierno de Canarias para dictar las disposiciones precisas en desarrollo del principio de unidad de explotación.

*Disposición Adicional QUINTA*, a la Ley de Ordenación de Turismo de Canarias, introducida por Ley 2/2000:

Régimen sancionador aplicable al incumplimiento del principio de unidad de explotación.

*Las empresas explotadoras* de establecimientos turísticos de alojamiento que, resultándoles de aplicación la disposición transitoria única de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, no hallan procedido al cumplimiento del principio de unidad de explotación en los términos previstos en dicha disposición, serán sancionadas conforme al siguiente régimen:

Si persistiere el incumplimiento de este principio el 24 de marzo de 2001, será incoado el correspondiente procedimiento sancionador, imponiéndosele en el caso de derivarse de responsabilidad, multa en cuantía de 601,012 euros por unidad alojativa que exploten.

a) Cuando la resolución sancionadora ponga fin a la vía administrativa, se incoarán, transcurrido un año desde la iniciación del primer procedimiento, nuevos expedientes sancionadores a aquellas empresas que persistan en el incumplimiento del principio de unidad de explotación, incrementándose en 601,012 euros por unidad alojativa y año la cuantía de la sanción pecuniaria a imponer, hasta el límite de 30.050,605 euros.

2. A partir del 24 de marzo de 2005, la Administración Pública que gestione las aperturas turísticas podrá revocar, previa audiencia a los interesados, aquellas autorizaciones otorgadas a empresas explotadoras que no se hayan adaptado al principio de referencia antes de esa fecha.

3. Durante el periodo al que hacen referencia los apartados anteriores se denegarán los cambios de titularidad que no vayan encaminados al cumplimiento del principio de unidad de explotación, excepto en la sucesión hereditaria.

4. El Gobierno de Canarias podrá establecer medidas reglamentarias destinadas a la consecución del principio de unidad de explotación, oídas las administraciones públicas competentes en materia turística y los interlocutores sociales.

Modificación de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, de Modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias.

Se suprime el apartado 4 de la Disposición Transitoria Única.

#### 4. ARGUMENTOS DEL LEGISLADOR RESPECTO A LAS RAZONES DE SU PROCEDER LEGISLATIVO

Como se deduce de las múltiples reformas legislativas habidas, esta materia ha sido objeto de análisis y disparidad de opiniones tanto entre los técnicos como entre los políticos. De los Preámbulos de las Leyes se pueden entresacar algunas de las intenciones del legislador.

##### A) EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 7/1997 (YA DEROGADA)

Una de las novedades importantes reguladas en la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, es el principio de unidad de explotación.

La propia ley, en su Disposición Transitoria Tercera estableció la aplicación progresiva del régimen de unidad de explotación a la oferta alojativa existente, a fin de adecuar al citado principio todos los inmuebles con destino a actividades alojativas construidos a la entrada en vigor de la ley, en fase de construcción o de edificación posterior a la misma, para ello la ley fijó unos plazos que, en su momento, se estimaron suficientes para dar debido cumplimiento a la exigencia del principio de unidad de explotación de los establecimientos alojativos.

No obstante, la aplicación de la ley ha reflejado la dificultad que supone la realización efectiva, en los plazos previstos, del principio de unidad de explotación.

##### B) EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY DE 1999

Una de las mayores aspiraciones de la ordenación turística de Canarias llevada a cabo por la Ley 7/1995, de 6 de abril, es la consecución del principio de unidad en la explotación de los establecimientos, edificaciones y complejos alojativos turísticos. Este principio exige el sometimiento a una única titularidad empresarial de la explotación, gestión, administración y dirección de la totalidad de unidades alojativas de dichos establecimientos, como garantía de responsabilidad y calidad en la prestación de los servicios que ofrezcan a los usuarios turísticos.

Asimismo, se estableció la obligación de las empresas explotadoras de obtener de estos propietarios un título jurídico que les habilite para la gestión y administración turística del inmueble requiriendo que el mismo tuviera una duración mínima de tres años y que se extendiera en documentos con firmas notarialmente legitimadas.

Pero la práctica demuestra que el objetivo y finalidad del principio de unidad en la explotación pueden ser cumplidos perfectamente prescindiendo de la rigurosidad de estos requisitos mencionados, *permitiendo a los propietarios de las distintas unidades alojativas de establecimientos y complejos turísticos adoptar tanto los medios de organización que juzguen más conveniente entre los regulados por el ordenamiento jurídico para llevar a cabo la explotación, gestión y administración de los inmuebles, como la forma de acreditar la autenticidad de la voluntad expresada por los distintos titulares de las unidades alojativas en los títulos de puesta a disposición de las mismas en favor de la entidad explotadora o gestora.*

#### RESPUESTAS A LAS CUESTIONES PLANTEADAS

1. La legislación citada sólo es de aplicación a los complejos urbanísticos situados en concretas zonas turísticas delimitadas por el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, sobre Ordenación del Territorio de Canarias y de espacios naturales protegidos, en referencia a los planes de ordenación urbana de cada Municipio de la Comunidad Autónoma Canaria.
2. Al ser una Ley autonómica que desarrolla una competencia asumida en su propio Estatuto de Autonomía por la Comunidad de Canarias, conforme al artículo 149 de la Constitución Española, sólo es de aplicación en su ámbito territorial y no en el resto de las Comunidades Autónomas del Reino de España.
3. El «arrendamiento» de unidades alojativas como el resto de bienes inmuebles, se regula por lo establecido en el Código Civil español, y la Ley de Arrendamientos Urbanos, según los casos que se aplican a todo el territorio nacional. El contrato de arrendamiento no es controlado sino con absoluto respeto a los principios constitucionales de protección a la propiedad privada y a la libertad de contratación, con el límite de los derechos fundamentales de los demás. Cualquier propietario puede arrendar su propiedad como en el resto del país.
4. La regulación legal expuesta está limitada a las empresas que ejercen el negocio de explotación hotelera o cuasihotelera de las unidades alojativas sitas en determinados complejos urbanísticos. *Si una*

*determinada persona del complejo vacacional desea convertirse en empresa de explotación turística, o destinar su unidad alojativa a ese tipo de explotación turística específica a favor de esa o de otra empresa que no sea la que ya está autorizada para la explotación dentro del complejo sí le sería de aplicación dicha regulación, en virtud del principio de igualdad ante la Ley.*

5. Los supuestos concretos sobre el número de unidades alojativas que han de poseerse para ser registrada como empresa de explotación turística, los requisitos administrativos que se han de cumplir y las especificaciones respecto a los alojamientos, seguros, contratos, controles administrativos, etc., resultan de la legislación antes expuesta. Efectivamente, si *dichas empresas* no cumplen los requisitos establecidos serán sancionadas conforme se ha expresado (conforme al art. 42 y la Disposición Adicional Quinta).
6. *Las sanciones* en caso de incumplimiento de la Ley sólo recaen en las *empresas* que, teniendo la obligación de cumplir la Ley, no lo hagan. No existe sanción alguna para *los propietarios* de los inmuebles que *son libres* de cederlo o no a dichas empresas. Las consecuencias de su incumplimiento se regulan en el artículo 42 antes expuesto, y como se puede apreciar, son perjudiciales para la empresa de explotación turística, pero NO SON en perjuicio de los propietarios.
7. *No puede pedir juego de llaves* la empresa explotadora de una parte del complejo turístico, respecto a las propiedades que no hayan contratado con ella de modo explícito y con su consentimiento (art. 39.2 y Disposición Transitoria 1.b). No existe especificidad alguna en la protección de la propiedad privada respecto a dichos inmuebles y por tanto su privacidad, posesión, titularidad dominical, derecho a no ser coaccionado, etc., están amparadas por las Leyes y los Tribunales de Justicia.
8. *No existe Ley* alguna que obligue a un propietario a entregar el control de su propiedad a otra persona sin su consentimiento. Sólo cabe por sentencia de los Tribunales de Justicia y en supuestos legalmente establecidos, como en cualquier Estado de Derecho.
9. Las Leyes expuestas, que regulan el principio de unidad de explotación, tienen como finalidad *proteger y mejorar la calidad de los alojamientos* turísticos de Canarias para conseguir un mayor nivel de excelencia y de satisfacción de los turistas y de quienes invierten y viven en Canarias.
10. Las Leyes expuestas *van dirigidas a las empresas* que gestionan el turismo y pretenden, como una exigencia, que las mismas logren los mayores estándares de calidad en beneficio de todos.

## CONCLUSIONES

1. La Ley sobre unidad de explotación fue aprobada democráticamente en el Parlamento Canario, en beneficio de los usuarios de los servicios turísticos, así como de las propias empresas del sector. El artículo 39 es el que exige a las empresas de explotación turística el principio de unidad. Para ello puede que necesiten obtener de los propietarios de los inmuebles el consentimiento LIBRE y VOLUNTARIO de los mismos, pudiendo los propietarios NO CONCEDERLO, y sin que puedan ser obligados a ello. Esta Ley NO OBLIGA a los propietarios como tales a NADA, y su actuación libre está protegida por las Leyes, y por el contenido de su derecho publicado en el Registro de la Propiedad.
2. Dicha Ley es respetuosa con el resto del Ordenamiento Jurídico español y europeo, y si en algún supuesto concreto alguien violenta cualquier derecho de otro, amparándose o poniendo como excusa dicha Ley, su actuación puede ser objeto de denuncia ante los Organismos públicos competentes y los Tribunales.
3. El Registro de la Propiedad en España protege y conserva, bajo la salvaguardia de los Tribunales, los derechos en él inscritos, los cuales no pueden ser alterados ni perjudicados sin consentimiento de sus titulares o por resolución judicial firme. La Ley establece los cauces para que todo el que inscribe sus derechos en el Registro de la Propiedad pueda defenderlos legalmente de forma inmediata y expedita.
4. *Los Registros de la Propiedad en cada Distrito de las Islas Canarias, y los Servicios Registrales de protección a consumidores de las sedes territoriales en Las Palmas de Gran Canaria y en Santa Cruz de Tenerife* son lugares idóneos para ser asesorados gratuitamente, respecto de cualquier acto que perjudique o relativo a los derechos y propiedades inscritos. Sus direcciones, teléfonos, faxes, correos electrónicos, etc., pueden obtenerse en la página web: *WWW. REGISTRADORES.ORG* o a través de cualquier guía oficial, telefónica, de información u Organismos oficiales del Reino de España.
5. También puede obtenerse información sobre esta materia en: el Gobierno Canario, cuya página web: *www.gobcan.es* contiene las direcciones y servicios de los organismos administrativos competentes en el control de las empresas turísticas. Y en el *Cabildo Insular de cada una de las Islas Canarias*, que es la Institución inspectora y con facultades sancionadoras, en el funcionamiento de las empresas ya establecidas.

V. DICTAMEN DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS, RESPECTO A TURIDATA 135/2005

Dictamen solicitado por el Excmo. Señor Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro General de empresas, actividades y establecimientos turísticos y se aprueba el sistema informático que le da soporte (EXP. 97/2005 PD)\**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Señor Presidente del Gobierno, es el Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro General de empresas, actividades y establecimientos turísticos y se aprueba el sistema informático que le da soporte. Dicho Registro se encuentra regulado por la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (LOT), en sus artículos 22 y 23, cuyo tenor literal, no obstante, resultó modificado por la Ley 19/2003, de 14 de abril, de aprobación de las Directrices de Ordenación General y de las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias (LDDOGT), con vistas a configurar justamente el Registro «como elemento central del sistema de información de la oferta alojativa turística», según se expresa en la propia Exposición de Motivos de la citada Ley.

2. La legitimación del Excmo. Señor Presidente del Gobierno para solicitar el Dictamen, su preceptividad y la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo resultan de los artículos 11.1.B.b) y 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo. En efecto, la normativa reglamentaria proyectada se propone dar el debido desarrollo a las previsiones legales establecidas sobre el Registro General de empresas, actividades y establecimientos turísticos, a fin de asegurar la efectividad y operatividad plena de tales previsiones legales. Es claro, por consiguiente, su carácter de reglamento ejecutivo, en los términos que acaban de indicarse.

3. En el procedimiento de elaboración del Proyecto de Reglamento no se ha incurrido en vicios de forma que impidan un Dictamen de fondo. Obran en el expediente, efectivamente, los documentos exigidos y constan de este modo en el mismo los preceptivos informes de legalidad, acierto y oportunidad, de impacto por razón de género, así como la Memoria económica; también, la certificación acreditativa del trámite de audiencia; los informes de la Oficina Presupuestaria, de la Dirección General del Servicio Jurídico, de la Dirección General de Planificación y Presupuesto, de la Inspección General de Servicios y los de las Secretarías Generales Técnicas de las Con-

sejerías de Presidencia y Justicia y de Turismo; así como, por último, el informe de la Comisión de Secretarios Generales Técnicos.

## II

1. La Ley 19/2003 se publicó en el Boletín Oficial de Canarias el 15 de abril de 2003 y entró en vigor, según su Disposición Final Tercera, el día siguiente. La Disposición Adicional Tercera.2 LDDOGT modificó el artículo 22 de la LOT, dándole a este precepto la siguiente redacción:

*«Artículo 22. Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos.*

1. El Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos es un registro público, custodiado y gestionado por la Consejería competente en materia de turismo de la Administración pública de Canarias, constituyendo el soporte de la información turística procedente de todas las Administraciones con competencia en la materia.

2. La inscripción será obligatoria para promover o desarrollar cualquier actividad turística en el ámbito territorial del archipiélago canario.

3. En el Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos serán objeto de inscripción las Resoluciones de autorización previa y de apertura de establecimientos turísticos y de iniciación de actividades turísticas, así como todos los actos administrativos y las Resoluciones judiciales firmes que afecten al contenido de las mismas.

4. El Registro atenderá al principio de publicidad y se tendrá acceso al mismo en los términos establecidos en la normativa aplicable a los registros públicos administrativos.

5. Reglamentariamente se aprobará el sistema informático que dé soporte al Registro y se regulará el procedimiento a seguir por las Administraciones turísticas que produzcan los actos objeto de inscripción para obtener la misma, así como su adaptación a los restantes registros administrativos».

Por su parte, la Disposición Adicional Tercera.3 LDDOGT modificó el artículo 23 LOT en el siguiente sentido:

*«Artículo 23. Naturaleza de la inscripción.*

1. Los actos administrativos previstos en el apartado 3 del artículo anterior deberán ser inscritos en el Registro General de Em-

presas, Actividades y Establecimientos Turísticos antes de procederse a su notificación a los interesados, que tendrá que cursarse dentro del plazo establecido en la legislación sobre procedimiento administrativo común.

2. La eficacia de dichos actos quedará supeditada a su notificación.

3. El documento acreditativo de la inscripción en el Registro General será requisito previo y necesario para la tramitación, ante cualquier Administración Pública, de expedientes relacionados con la materia turística, incluyendo las licencias municipales de edificación y de apertura de establecimientos».

2. Entre las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias figura la número 28, norma de aplicación directa que igualmente ha de tenerse en cuenta, cuyo tenor dice así:

«1. Para poder acometer adecuadamente la planificación, ordenación y regulación del sector, se implantará un sistema de información turística, compartido por las tres Administraciones Públicas canarias y vinculado al Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos, estableciéndose los mecanismos para suministrar y mantener los datos.

2. Se realizará un censo de los establecimientos turísticos alojativos y de equipamiento complementario, detallando sus principales características funcionales, constructivas y ambientales, así como del suelo clasificado con destino turístico, igualmente detallado respecto de su capacidad y estado de urbanización y edificación.

3. En el plazo de nueve meses, previo el oportuno proceso de concertación, se desarrollará mediante Decreto la organización y funcionamiento del sistema de información turística, fijándose el inicio de su operatividad en un año. En el mismo plazo de nueve meses, se realizará el censo de establecimientos y de suelo».

La Directriz 28, por tanto, establece que el Sistema de Información Turística estará vinculado al Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos (Registro General). Sin embargo, son dos instrumentos distintos aunque relacionados: el Sistema de Información Turística y el Registro General.

3. La Disposición Final 2.<sup>a</sup> LDDOGT habilita sin límite temporal al Gobierno para su desarrollo reglamentario. Sin embargo, la Directriz 28 ordena la regulación reglamentaria del Sistema de Información Turística en el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de la citada Ley.

Atendiendo a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 19/2003, el Sistema de Información Turística debía estar regulado reglamentariamente antes del 16 de diciembre de 2003.

En cuanto al Registro General, que ya está regulado por el Reglamento aprobado por el Decreto 67/1996, de 18 de abril, la Ley 19/2003 no establece un plazo temporal específico para proceder a la adaptación, si resultara necesaria, de su normativa reglamentaria.

Se plantea entonces, a la vista de lo expuesto, el problema de la caducidad del ejercicio en plazo de la potestad reglamentaria de la Administración, aunque sólo respecto del establecimiento y aprobación del Sistema de Información Turística.

4. En el Fundamento Jurídico 7 de la sentencia 212/1996, de 19 de diciembre, el Tribunal Constitucional afirma, en relación con la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup>e) de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, que contenía un mandato al Gobierno para que en el plazo de seis meses procediera al desarrollo reglamentario de determinados aspectos de la Ley, que «el sentido de la cláusula (...) no se agotaba en ordenar dicha actuación por parte del Gobierno, sino el que ésta tuviera además lugar en el indicado plazo. En consecuencia, una vez que ha transcurrido, como con exceso lo ha hecho, el señalado plazo, cualquier disposición reglamentaria que en el futuro pudiera dictar el Gobierno sobre la materia en cuestión no podrá tener más apoyatura que la eventualmente derivada de su propia potestad reglamentaria, con los límites constitucionales y legales a ella inherentes, nunca la de una prescripción como la que nos ocupa, absolutamente decaída en tiempo».

Para el Tribunal Constitucional, pues, si el Gobierno en el plazo fijado por la Ley no procede a su desarrollo reglamentario, ello no impide que pueda regular la materia afectada posteriormente, pero sólo con base en la atribución constitucional de potestad reglamentaria (en nuestro caso, estatutaria ex art. 15.2 del Estatuto de Autonomía), aunque siempre que esa materia no esté reservada a ley. Si tal fuere el caso, el reglamento no podrá entrar a regularla porque esas materias sólo las puede disciplinar dentro de los límites y con las condiciones que la ley haya establecido.

En definitiva, si el plazo de desarrollo reglamentario legalmente previsto se superase y el reglamento pretendiera apoyarse en la autorización legal, ésta debiera ser renovada, sin perjuicio de que, de no hacerlo, se podrá regular la materia no reservada a la ley por el reglamento en ejercicio de la potestad reglamentaria, complementando la normativa legal.

Por eso, aunque la Directriz 28 establece un plazo de nueve meses para que el Gobierno regule por reglamento la organización y el funcionamiento del Sistema de Información Turística, ello no significa que después de su término no se pueda dictar esa normativa reglamentaria, porque la organización y el funcionamiento de un sistema de información es una materia

estrictamente técnica que no está reservada a ley, por lo que puede ser regulada por el Gobierno en cualquier momento en virtud de la atribución estatutaria de la potestad reglamentaria, siempre que respete la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que es la que regula el tratamiento de los datos personales de las personas físicas, materia distinta pero relacionada con aquella estrictamente técnica y organizativa y por eso propia del reglamento.

5. El Decreto es la forma que revisten los actos del Gobierno, ya sean singulares, ya sean normativos por crear normas reglamentarias (arts. 34, 35 y 42 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias). Pero la forma que reviste el acto normativo no se confunde con las normas que exterioriza, por cuya razón la denominación correcta de los Decretos que introducen en el Ordenamiento normas reglamentarias es *Decreto por el que se aprueba el Reglamento; en el presente caso, del Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos*.

### III

1. El segundo párrafo del artículo 2 del Proyecto de Reglamento (PR) dice que los ciudadanos tendrán acceso al Registro en los términos previstos en el artículo 35.h) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

El derecho de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos lo reconoce el artículo 105.b) de la Constitución, que remite a la ley, así como el artículo 35.h) LRJAP-PAC. Después, lo regula con carácter general el artículo 37 LRJAP-PAC. El artículo 22 LOT califica al Registro General de un registro público (art. 22.1 LOT) y, en atención al principio de publicidad, justamente, está garantizado igualmente el acceso al mismo, según precisa el propio precepto legal antes indicado, «en los términos establecidos en la normativa aplicable a los registros públicos administrativos» (art. 22.4 LOT). De ahí que sea necesario el segundo párrafo del artículo 2 PR.

La normativa reglamentaria proyectada (art. 2.2 PR) precisa, del modo expuesto, la base legal sobre la que descansa el derecho de los ciudadanos al acceso a los archivos y registros. El artículo 35.h) LRJAP-PAC se limita a reconocer el derecho, pero las condiciones para su ejercicio se concretan en el ulterior artículo 37 LRJAP-PAC.

2. El artículo 13.2.a) LOT dispone que las empresas turísticas para establecerse y desarrollar su actividad en Canarias han de inscribirse en el Registro General, deber específico que es distinto del de obtener las corres-

pondientes autorizaciones previas [art. 13.2.b) LOT]. El artículo 48.3 LOT exige que los representantes en Canarias de operadores e intermediarios turísticos no domiciliados en el archipiélago se inscriban como tales en el Registro General. El artículo 50.1 LOT prescribe que los restaurantes, cafeterías, bares y establecimientos similares se registren en el Registro General, debiendo exigírseles el documento acreditativo de la inscripción, así como las autorizaciones previas. El artículo 64 LOT contempla la inscripción en el Registro General de cualquier operador en urbanizaciones y núcleos turísticos. El artículo 75.1 LOT tipifica como infracción muy grave la actuación sin la preceptiva inscripción en el Registro General o sin cualquiera de las autorizaciones preceptivas. Las Disposiciones Transitorias de la LOT contemplan, en el plazo temporal establecido por ellas, la inscripción en el Registro General de las empresas independientemente de que sus establecimientos estuvieran autorizados.

El artículo 22.2 LOT —según la redacción que le dio la Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> 2 LDDOGT, en coherencia con el art. 13.2 LOT— dispone que la inscripción en el Registro General es obligatoria para promover o desarrollar la actividad turística, y el artículo 23.3 LOT, modificado por la Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> 3 LDDOGT, establece que el documento acreditativo de la inscripción en el Registro General es un requisito previo y necesario para la tramitación, ante cualquier Administración Pública, de expedientes relacionados con la materia turística, incluyendo las licencias municipales de edificación y de apertura de establecimientos.

De los preceptos analizados podría inferirse que la inscripción de las empresas turísticas en el Registro General es obligatoria y previa a la obtención de cualquier autorización. Y de ser tal el caso, desde luego, resultaría patente que el artículo 4.1 PR (y concordantes 4.3, 5, 7, 8, Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> y Disposiciones Transitorias) resultaría un precepto incompleto, en cuanto contempla como objeto sólo la inscripción de las autorizaciones administrativas, la imposición de sanciones muy graves y las graves contempladas en el artículo 76.19 LOT y los actos administrativos y Resoluciones judiciales firmes que afecten al contenido de las Resoluciones administrativas inscritas. Los artículos 22.3 y 81.4 LOT ordenan, en efecto, que se inscriban en el Registro General esas Resoluciones, pero los otros artículos de la Ley, que antes se han mencionado, establecen que también se han de inscribir las empresas turísticas.

Así las cosas, y frente a lo dispuesto por la normativa precedente, la obligación de inscripción se proyecta sobre los actos administrativos que autorizan a las empresas y establecimientos que desarrollan su actividad en el ámbito del turismo. Si bien, lógicamente, a través de la inscripción de tales actos, se obtiene la identificación de los titulares de tales empresas [art. 6.1 PR, especialmente, en su apartado b)] y, de este modo, se satisface

también la exigencia legal, asimismo incuestionable, que obliga a tales empresas a inscribirse en el Registro General (arts. 13.2 y 22.2). En otros términos, se obliga a tales empresas a inscribirse, al obligarles a inscribir los actos que legitiman el desarrollo de su actividad. Ciertamente, el planteamiento expuesto habría podido tener una más clara acogida en el marco normativo de aplicación; ahora bien, en todo caso, los equívocos que se suscitan provienen directamente de la propia Ley, y no del Proyecto de Decreto sometido ahora a nuestra consideración; y, por lo demás, aquéllos se deben en último término a la reforma puntual de una pieza del sistema general de la Ley (el Registro General, arts. 22 y 23) y a su inserción dentro de un texto normativo que no es objeto de modificación y que inicialmente configuraba dicha pieza de otro modo. Pueden ser hasta cierto punto inevitables tales desajustes, incluso; aunque en estos supuestos, justamente, ha de prevalecer lo dispuesto por la reforma misma y lo pretendido por ella, a cuya luz, por tanto, ha de procederse ahora a interpretar el texto legal originario.

3. El artículo 4.1.a) PR dispone la inscripción en el Registro General de las «autorizaciones» de actividades turísticas no reglamentadas. Y, a continuación, el artículo 4.2 PR define como actividad turística reglamentada la que necesita autorización expedida por la Administración turística y como no reglamentada la que no necesita dicha autorización, pero sí la cobertura de otro título administrativo habilitante.

La Ley no establece el criterio que diferencia la actividad turística reglamentada y la no reglamentada. Contiene sólo una previsión al respecto (art. 24 LOT) que, por lo demás, no concreta el ámbito de las actividades no reglamentadas, concepto que al contrario presupone. El Proyecto de Decreto puede ahora trazar los perfiles sobre los que descansa tal distinción, por razones de seguridad jurídica. Pero justamente para atender los requerimientos de esta índole ha de proceder a hacerlo con la máxima nitidez, si cabe, toda vez que la exigencia de inscripción en el Registro General se impone a ambos tipos de actividades aunque estén sujetos a regímenes jurídicos diferentes.

Por lo demás, aparte de las actividades empresariales que se puedan considerar turísticas pero que no son subsumibles en ninguno de los párrafos b) a g) del artículo 2.1 LOT, el artículo 2.1.h) LOT habilita al Gobierno para considerar igualmente turísticas otras actividades, con los consiguientes efectos en punto a su inscripción en el Registro General. Por estas razones, se estima preciso proceder a una mayor decantación de los preceptos indicados [arts. 4.1.a) y 4.2 PR y, en conexión con estos preceptos, el art. 5.6 PR].

4. El TURIDATA es un sistema de información que integrará la información del Registro General y servirá para su gestión, pero no se confunde con éste, como resulta de la comparación de la Directriz 28 LDDOGT con el artículo 22 LOT. Por ello, se debe reparar el segundo párrafo de la Dispo-

sición Transitoria 1.<sup>a</sup> PR que dispone que conservarán su vigencia las inscripciones realizadas de conformidad con la legislación anterior hasta que la información obrante en la Sección segunda de la actual configuración del Registro General sea transferida al TURIDATA.

Del mismo modo ha de corregirse lo dispuesto por el artículo 12 PR, puesto que el TURIDATA no puede ser la propia denominación del Sistema de Información Turística que pretende implantarse y servir a la vez de soporte al mismo, como dicho precepto indica de modo sucesivo. O una cosa o la otra, como resulta obvio.

## CONCLUSIÓN

Es conforme a Derecho el Proyecto de Decreto sometido a la consideración de este Consejo, en cuanto que se ajusta a las exigencias legales que le resultan de aplicación. No obstante, se formulan diversas observaciones al mismo, expresadas en el Fundamento III de este Dictamen.

### RESUMEN

#### REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMPLEJOS TURÍSTICOS

*La estructura jurídica de los complejos inmobiliarios en las zonas denominadas «destinos turísticos maduros» está sufriendo una profunda crisis de reconversión por la necesidad de renovación física y por el cambio generacional, tanto de las necesidades y gustos de los destinatarios del producto turístico, como de los titulares dominicales de los complejos hoteleros y extrahoteleros.*

*La institución registral se erige en un elemento de dicho cambio, puesto que la necesidad social de publicidad de la cualidad turístico-administrativa de los complejos es necesaria para el tráfico jurídico inmobiliario y para que los agentes económicos y administrativos adopten las medidas pertinentes.*

*Si el Registro ha de ser cancerbero del principio de unidad de explotación y denegar las modificaciones jurídico-rea-*

### ABSTRACT

#### PROPERTY REGISTRY TOURIST COMPLEXES

*The legal structure of real-estate complexes in the areas termed «mature tourist destinations» is undergoing a profound crisis of renewal, due to the need for physical renovation and the changing of the generational guard, in terms of both the needs and tastes of the people the tourist product is aimed at and the owners of hotel and other complexes.*

*The registration institution is an element of that change, because the social necessity of publicity about the tourist/administrative quality of complexes is necessary for real estate trade and for the pertinent measures to be taken by economic and administrative agents.*

*Whether the registration system has got to be the watchdog of the principle of unity of operation and turn down any legal/real changes that disturb that principle and/or whether it has got to be the*

*les que rompan ese principio y/o si ha de ser cauce para las necesarias modificaciones de la estructura jurídica, destino y uso residencial o turístico, es lo que trata de plantear el presente trabajo.*

*La experiencia en Canarias respecto a la coordinación registral con el registro administrativo de empresas turísticas y los efectos de dicha publicidad, tal vez pueda servir al resto de las zonas andaluzas, murcianas, levantinas, catalanas y balear con legislaciones análogas.*

*channel for the necessary modifications of legal structure, purpose and residential or tourism use is the question this paper attempts to raise.*

*Experience in the Canary Islands with regard to the registration system's coordination with the administrative registry of tourism enterprises and the effects of said publicity just might be useful for the other Andalusian, Murcian, Levante, Catalan and Balearic areas with similar laws.*

*(Trabajo recibido el 02-06-08 y aceptado para su publicación el 29-05-09)*

# Evolución histórica y normativa estatal actual sobre aguas subterráneas

por

JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA

*Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza*

## SUMARIO

- I. LA REGULACIÓN EMINENTEMENTE CIVILISTA DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS DE LAS LEYES DE 1866-1879 Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL:
  - A) OCUPACIÓN Y ACESIÓN COMO PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LAS LEYES DE 1866-1879.
  - B) LA DEBILIDAD DE LOS TÍTULOS DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN ESTA ETAPA HISTÓRICA.
- II. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA REFORMA LEGAL DE 1985 Y DE LAS REFORMAS NORMATIVAS POSTERIORES:
  - A) SIGNIFICADO TÉCNICO ESENCIAL DE LA REFORMA LEGAL DE 1985 Y SU CRÍTICA:
    - a) *La opción legal establecida y la amplia irretroactividad del sistema.*
    - b) *El binomio autorización de investigación-concesión de aguas públicas.*
  - B) LAS LLAMADAS AGUAS SUBTERRÁNEAS «NO RENOVABLES».
  - C) LAS AGUAS MINERALES Y TERMALES.
  - D) SIGNIFICADO DE LA REFORMA LEGAL DE LA LEY 46/1999.
  - E) EL TEXTO REFUNDIDO DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2001, DE 20 DE JULIO.
  - F) LA LEY 10/2001, DE 5 DE JULIO, DEL PLAN HIDROLÓGICO NACIONAL. REMISIÓN.
  - G) LA REFORMA REGLAMENTARIA DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO POR EL DECRETO 606/2003, DE 23 DE MAYO.
  - H) LA LEY 62/2003, DE 30 DE DICIEMBRE, DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO EUROPEA DEL AGUA DE 2000.
  - I) LA APROBACIÓN DE UN NUEVO REGLAMENTO DE PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA POR DECRETO 907/2007, DE 6 DE JULIO.
  - J) LA NUEVA LEY 26/2007, DE 23 DE OCTUBRE, DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL.

### III. LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS PÚBLICAS:

- A) LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA INVESTIGACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS.
- B) ALUMBRAMIENTOS CLANDESTINOS E INCUMPLIMIENTOS DE LA AUTORIZACIÓN DE INVESTIGACIÓN DE AGUAS.
- C) LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DE AGUAS ALUMBRADAS Y LA PROTECCIÓN DE DERECHOS PREEXISTENTES.
- D) UNA ARGUMENTACIÓN EN LEGÍTIMA DEFENSA.
- E) EL ARTÍCULO 54.2.º DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE AGUAS.
- F) LA PROTECCIÓN DE LA CALIDAD DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS PÚBLICAS.

### IV. LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS PRIVADAS:

- A) LA PROPIEDAD PRIVADA DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS.
- B) EL APARTADO TERCERO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA.
- C) EL APARTADO CUARTO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA.
- D) LA «PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA» DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS.
- E) COMENTARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.ª DE LA LPHN DE 2001.

### V. LA DECLARACIÓN DE SOBREEXPLOTACIÓN DE ACUÍFEROS Y OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN.

### VI. LAS COMUNIDADES DE USUARIOS Y LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS.

## I. LA REGULACIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS DE LA LEY DE 1866-1879 Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

### A) OCUPACIÓN Y ACCESIÓN COMO PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LAS LEYES DE 1866-1879

La Ley de Aguas de 1879 reguló las aguas subterráneas en los artículos 18 a 27, que fueron pronto completados por los artículos 417 a 419 del Código Civil. Por aguas subterráneas, noción no definida nunca tradicionalmente por la ley, ha entendido siempre nuestro legislador las aguas alumbradas artificialmente, incluyendo, según creo, y aunque ello sea hecho poco frecuente, las alumbradas casualmente o sin haber realizado previas búsquedas deliberadas (aguas alumbradas haciendo excavaciones con una finalidad diferente de la de alumbrar aguas) (1). Al explicar la reforma legal introdu-

---

(1) La casuística puede ser bastante variada. Las aguas pueden ser buscadas acaso disimuladamente para aprovecharlas, o el alumbramiento casual puede producir mermas no buscadas intencionalmente en otros aprovechamientos, por ejemplo. En la sentencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo (en adelante: TS), de 30 de marzo de 1998, Repertorio Aranzadi, núm. 2835 (en adelante *RAr.*, núm....), se resuelve un caso en el que unas personas intentaban aprovechar aguas existentes en una mina de hierro cuya concesión databa de 1920 pero abandonada desde 1970, intentando eludir fraudulentamente la normativa sobre aguas. En la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 22 de marzo de 2004 (*RAr.* de 2005, núm. 3295), se discutió sobre la compleja situación creada al haberse aflorado con ocasión de las obras del Acueducto Tajo Segura, en la provincia de

cida por la Ley 62/2003 veremos que hoy contamos con una definición legal de aguas subterráneas, contenida en el artículo 40 bis del Texto Refundido de Aguas, y diferente del mencionado concepto tradicional, y veremos cómo podrían intentar armonizarse ambos conceptos legales diferentes.

El planteamiento básico sobre los pozos de la Ley de Aguas de 1879 y del Código Civil, que fueron ambas leyes evidentemente de inspiración liberal y preocupadas por impulsar la iniciativa privada, fue un planteamiento privatista y esencialmente de Derecho Civil. Dicho planteamiento consistió, en esencia y con matizaciones de las que cabe aquí prescindir, y advirtiendo que aquella Ley no contemplaba para nada la existencia de acuíferos, existencia ignorada entonces al menos por los juristas y políticos, en atribuir la propiedad privada de las aguas alumbradas mediante pozos *ordinarios* (pequeños pozos para uso doméstico: cfr. art. 20 de la Ley de 1879) al dueño del terreno en que se hacía la perforación, y en atribuir la propiedad privada de las aguas alumbradas mediante pozos *artesianos* o galerías, como regla general, al *alumbrador*. La atribución de la propiedad de los pozos ordinarios al dueño del terreno respondía a la tradición del Derecho romano y se basaba en el principio jurídico de la accesión, y la atribución de la propiedad privada de los (más importantes) pozos *artesianos* al alumbrador era una solución original del Derecho español (2), diferente de la solución romana seguida en todos los países de nuestro entorno (solución basada en ellos también para estos pozos más importantes en el principio de la accesión), e inspirada en el principio jurídico de la ocupación (carácter de *res nullius* de las aguas aún no alumbradas, no contempladas como contenido de acuíferos, sino como contenido de *vetas*, como leemos en la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866) (3). Las aguas subterráneas eran adquiridas también

---

Albacete, aguas subterráneas en muy importante volumen. El TS confirmó la validez de una concesión de 7,7 hectómetros cúbicos anuales de aguas derivadas del Acueducto Tajo Segura realizada por Orden Ministerial de 23 de marzo de 1993 en beneficio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y en compensación al agua alumbrada por infiltración en el túnel del embalse de Talave. Se discutía, entre otras cosas, si esa Orden encubría un trasvase intercuenca hecho sin legitimación de una norma con rango de ley.

(2) Que el legislador español, después de muchas dudas, decidió atribuir las aguas subterráneas de mayor importancia económica al alumbrador y no, como en el Derecho romano, al dueño del terreno, lo explicó clara y brillantemente la célebre Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866, que se suele atribuir al gran jurista español Pedro GÓMEZ DE LA SERNA. He reproducido este párrafo decisivo de esa Exposición de Motivos en mi libro de 1996, *Aguas públicas y aguas privadas*, Editorial Bosch de Barcelona, pág. 132, nota 127. En adelante citaré este libro únicamente como «mi libro de 1996».

(3) Cabía una cierta duda sobre si la propiedad privada de las aguas subterráneas se adquiriría sólo por el mero alumbramiento o hallazgo de las aguas, como parecía indicar el artículo 418 del Código Civil, o si se requería siempre además, como parecía exigir el artículo 22 de la Ley de Aguas de 1879, el *hacer surgir las aguas a la superficie del terreno*, en los casos en los que las mismas no surgían por sí mismas (en aquellos otros casos en que las aguas sí surgían por sí mismas, cierto que excepcionales en la práctica,

por ocupación o por accesión, por cierto, incluso en los casos excepcionales (pozos más próximos a otro aprovechamiento que las distancias legales mínimas; o pozos en Canarias a partir de la Orden Ministerial de 27 de noviembre de 1924; o pozos regulados en normas especiales para ciertos territorios) en los que la investigación y el alumbramiento estaban sometidos a autorización administrativa previa.

El principio jurídico clave sobre las aguas subterráneas, que era el de la ocupación, estaba recogido en el artículo 22 de la Ley de Aguas de 1879 y en el artículo 418 del Código Civil (4), aunque la operatividad de ese prin-

---

parece claro que el mero alumbramiento debería haber bastado para la adquisición de la propiedad). En todo caso, no se exigía la toma de posesión de las aguas (*corpus*), y el propio artículo 22 citado denominaba *dueño* de las aguas alumbradas al que no construyese acueducto para posesionarse de la corriente, y aunque dejase las aguas surgidas, con o sin su ayuda, luego *abandonadas a su curso natural*, explicando también el precepto que este dueño a perpetuidad no perdía su derecho de propiedad *aunque las aguas salieran de la finca donde vieron la luz*. No parece que cupiera, por tanto, la toma de posesión válida y eficaz por alguien de una corriente subterránea de aguas ya alumbrada por otro, salvo que éste la derelinquiese con voluntad clara y expresa y autodespojo o abandono posesorio inequívoco, en su caso. Esta concreta explicación legal de este caso particular de ocupación era coherente con la que considero noción correcta de ocupación en nuestro ordenamiento jurídico, según la cual, el descubridor de cosas ocultas, faltas de dueño y vacantes de posesión siempre debe prevalecer frente a su ocupante primero. Por ejemplo, deben prevalecer frente al ocupante primero, el descubridor del tesoro oculto; o del hallazgo oculto de interés histórico o arqueológico; o de la cosa derelicta oculta; o de la cosa perdida oculta a los efectos de la adquisición del artículo 615 del Código Civil; o, antes de 1986, como hemos visto, el alumbrador de unas aguas subterráneas ocultas hasta entonces. Con todo, la necesidad de una cierta toma de posesión de la corriente o *corpus* sobre la misma por parte del alumbrador parecía venir exigida por la necesidad de precisar la cuantía de la corriente adquirida en propiedad, de la cuantía de los caudales adquiridos. En teoría, la cuantía de la corriente adquirida era toda la que se hubiera llegado a ocupar posesoriamente sin perjudicar otros derechos sobre aguas preexistentes (*prior tempore potior iure*), aunque hay que suponer que, en la práctica, lo que sería más fácil de probar por el alumbrador sería la cuantía de agua subterránea utilizada establemente y con cierta habitualidad. Medios serios de prueba debieron y deberían ser todavía hoy, aforos realizados de la corriente del pozo por profesionales solventes o las cuantías de caudales reflejadas en el antiguo Registro de Manantiales de la Administración Minera o en el Registro de la Propiedad. Para una explicación más cuidadosa de todo ello, véase mi libro ya citado en la nota anterior de 1996, págs. 249 a 257.

(4) Que bajo la Ley de Aguas de 1879 las aguas subterráneas eran *res nullius* adquiribles por ocupación lo defendió el primero, con buenos argumentos, GUAITA MARTORELL, Aurelio, en 1970, con quien vine a coincidir yo, con esos y otros argumentos, en mi tesis doctoral de 1980 y luego en muchos otros trabajos. Esta explicación, importante todavía hoy a muchos efectos aunque la Ley de 1879 esté ya derogada, ha pasado a ser la opinión doctrinal más común sobre el problema. Cfr. GUAITA MARTORELL, *Derecho Administrativo especial*, 1970, Tomo 5.º, pág. 166 y sigs. En cuanto a mi tesis doctoral, cfr. *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Editorial Bosch, Barcelona, 1980, págs. 647 a 650. Para la explicación más completa véase mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, Barcelona, Editorial Bosch, 1996, págs. 132 a 134 y 218 y sigs. También Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Derecho de aguas*, 1997, págs. 137, 160 y 161. También Víctor MENDOZA OLIVÁN, en los *Elementos de Derecho Civil* de LACRUZ BERDEJO, Tomo III, 3.ª ed., 1991, págs. 425 a 427. También

cipio de la ocupación requiriera haber obtenido previamente la autorización para alumbrar del dueño del terreno, conforme al artículo 417 del Código (5). A falta de dicha autorización por el dueño del terreno, las aguas de todos modos alumbradas por el alumbrador extraño quedaban para el dueño del lugar ilícitamente invadido, por accesión (6). El artículo 417 del Código regulaba una mera y simple autorización, que era en principio un negocio jurídico unilateral; que no implicaba una transmisión al autorizado de la propiedad de las aguas todavía no alumbradas, y que era un negocio jurídico que sólo muy excepcionalmente podía articularse como constitutivo de un derecho real de servidumbre de investigación de aguas subterráneas en finca ajena (7). Los artículos 407-6.º y 408-3.º del Código Civil, inspirados en la idea de accesión, o acaso en el artículo 350 del Código, eran erróneos en su pura literalidad y requerían una interpretación restrictiva y relativizante para integrarse sistemáticamente en aquel ordenamiento legal de los pozos (8).

---

Emilio PÉREZ PÉREZ, *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*, Barcelona, 1998, págs. 24, 50 y 62. Sin llegar a referirse con total exactitud al principio de ocupación, son muchos los autores que explican que las aguas subterráneas eran atribuidas como regla por el legislador al alumbrador (no al dueño del terreno) y en tanto que *res nullius*. Por ejemplo, Alejandro NIETO GARCÍA (1968); José Luis LACRUZ BERDEJO (1979); Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ (1989); Ramón MARTÍN MATEO (1992); Francisco CAPILLA RONCERO (1993); Luis Díez PICAZO (1996); Mónica SASTRE BECEIRO (1999). Han recogido esta opinión acaso ya mayoritaria de que, bajo la anterior legalidad, las aguas subterráneas eran *res nullius* algunas sentencias del TS y la importante sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional (FJ núm. 12). Cfr. Sentencias contencioso-administrativas del TS de 28 de mayo de 1986 (*RAr.*, núm. 4470) y de 4 de marzo de 1998 (*RAr.*, núm. 2290).

(5) La sentencia civil del TS, de 30 de junio de 1881, dio por buena la utilización por el dueño del terreno de un interdicto de recobrar, que había resultado victorioso, frente a quien había hecho una galería para alumbrar aguas subterráneas invadiendo su terreno y sin su autorización. Cfr. CL, tomo 46, núm. 310, págs. 597 a 601.

(6) Véanse en tal sentido, aunque con razonamientos no totalmente claros, las sentencias del TS de la Sala de lo Civil, de 3 de julio de 1907, Colección Legislativa del Ministerio de Justicia (en adelante, CL), tomo 108, núm. 6, págs. 24 a 35; y contencioso-administrativa del propio TS de 13 de octubre de 1969, *RAr.*, núm. 4.411.

(7) Sobre esta cuestión, una de las más difíciles de la antigua regulación, véase mi libro de 1996, págs. 231 a 233, y sobre todo nota 27 de ese capítulo, y allí información sobre la curiosa jurisprudencia existente sobre las llamadas «ventas de subsuelo» de Canarias con fines de futuro alumbramiento de aguas. Allí también la explicación de cómo el alumbrador extraño autorizado por el dueño del lugar tenía, gracias a la ocupación, un título suficiente para, con la correspondiente acta notarial, inmatricular, por la vía del título público del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, en el Registro de la Propiedad, el bien inmueble que era el nuevo alumbramiento de aguas subterráneas. Por lo demás, era claro que el derecho de propiedad sobre un alumbramiento nacía con éste. Por eso tuvo razón la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de marzo de 1921, que confirmó la negativa del Registrador de la Propiedad de Mataró a inscribir en el Registro de la Propiedad el supuesto derecho a unas aguas subterráneas que se pretendían alumbrar en el futuro. Cfr. CL, 1921, núm. 76, págs. 485 a 494.

(8) Estos artículos citados del Código Civil no puede llegar a defenderse que, en buena doctrina, excluyeran el principio jurídico de la ocupación, como explico en el texto,

Sin embargo, bastantes sentencias del Tribunal Supremo y un sector amplio de la doctrina (9), sobre todo administrativista, no acertaron a explicar siempre así las cosas y más bien dedujeron de la normativa anterior, con planteamiento simplificador y empobrecedor, que las aguas subterráneas pertenecían como regla general, o incluso siempre, al dueño del terreno en que se alumbraban (principio de accesión, o art. 350 del Código Civil, o similar, en todo caso). El Tribunal Supremo, ni en realidad el conjunto de los operadores jurídicos, no supieron en este punto estar a la altura intelectual de los autores de nuestra gran Ley de Aguas de 1879. Concepción errónea, esa señalada que reducía todo a casos de adquisición por accesión, aparentemente sin inconvenientes prácticos en la mayoría de supuestos en que el alumbrador era el mismo dueño del terreno, pero que producía resultados injustos en los supuestos de alumbradores extraños autorizados por el dueño del terreno conforme al artículo 417 del Código Civil (vecino; usufructuario o arrendatario de la finca; mandatario del dueño de la finca; ente público; particulares autorizados por Administraciones dueñas del terreno, etc.) (10), y que, en

---

pero sí que representaron en su momento un cierto giro más «propietarista», o «romanista» o respetuoso del *statu quo* de la propiedad inmueble, respecto de la regulación de la facultad de alumbrar aguas subterráneas en terreno ajeno con mero permiso del Gobernador Civil en ciertos casos (fincas de secano), que, inspirada por Cirilo FRANQUET Y BERTRAND, había establecido la más progresista Ley de Aguas de 1866 (cfr. arts. 51 y 59). Y este giro más conservador o «propietarista» respondía a la nueva lógica que también en muchos otros temas habría de imponerse a partir de la Restauración borbónica de 1874. He explicado con detalle toda esta evolución legislativa en mi libro de 1996, págs. 223 a 227. Han afirmado DIEZ PICAZO y GULLÓN que la protección del *statu quo* de la propiedad es perfectamente llamativa en el Código Civil, incluso frente a aquellas actividades que pueden engendrar una creación de riqueza o de utilidad social, como se ve al estudiar el régimen jurídico de la accesión. Cfr. *Sistema de Derecho Civil*, vol. 3.º, 7.ª ed., pág. 141. Como vamos a ver, esta protección del *statu quo*, como demuestra la historia normativa de las aguas subterráneas, era más fuerte o más profunda todavía en la sociedad española o en sus operadores jurídicos que en la propia letra del Código Civil.

(9) En la página 221 de mi libro de 1996 cito, en dicho sentido de explicaciones a mi entender erróneas, las aportadas por las monografías de DE LA CUÉTARA (1989); DEL SAZ CORDERO (1990); y DELGADO PIQUERAS (1992). Cfr., respectivamente, *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, págs. 88-89; *Aguas subterráneas, aguas públicas*, pág. 112; y *Derecho de aguas y medio ambiente*, págs. 100-101. Véase también CALVO CHARRO, María, *El régimen jurídico de los humedales*, Madrid, 1995, págs. 123-124. Todos estos autores, y otros, que explicaban el régimen jurídico de los pozos sólo en clave de accesión, hay que advertir que lo hacían y hacen siempre no sólo sin rebatir la teoría preferible basada en la idea de la ocupación, sino sin siquiera recoger o tomar en consideración en absoluto esta diversa y preferible explicación, que además algunos de sus partidarios hemos argumentado con gran cuidado y minuciosidad.

(10) Las razones por las que prescindir de la idea de ocupación, como bastantes veces hizo el Tribunal Supremo, no sólo iba contra el sentido claro literal y sistemático de la legislación de entonces, además explicado en la Exposición de Motivos de 1866, sino que suponía alcanzar soluciones menos justas, las he explicado en mi libro de 1996, págs. 236 a 241. El TS tendía a pensar, erróneamente, influido por el peso de la tradición romanista y de su principio de accesión, que las aguas subterráneas eran propiedad del dueño de la

todo caso, como tal concepción errónea, presentaba en forma globalmente deformadora el conjunto del sistema legal (11). Sin duda que también esta

finca de la que brotaban y que, a través del artículo 417 del Código Civil, ese dueño simplemente las transmitía al alumbrador extraño autorizado. Repare el lector, por ejemplo, en la muy significativa sentencia civil del TS, que allí comento, de 27 de junio de 1992, *RAr.*, núm. 5561. O ratificando de nuevo dicha errónea doctrina, mediante remisión expresa a aquella sentencia, la sentencia civil del mismo TS de 29 de marzo de 2004, *RAr.*, núm. 2069. O véase también la interesante sentencia civil del TS de 14 de mayo de 1962, en la que había un minucioso contrato sobre unas aguas subterráneas futuras y pendientes todavía de alumbramiento, y en la que el Alto Tribunal eludió entrar en explicar el artículo 22 de la Ley de Aguas de 1879 y artículo 418 del Código Civil, aunque ello se le había pedido expresamente en el recurso de casación. Cfr. *RAr.*, núm. 2357. La sentencia civil del TS de 5 de octubre de 1965 (CL, núm. 618, págs. 86 a 104) contempla un caso de división en ocho partes de los caudales de propiedad privada de un pozo, que se inició con la compra de una finca condicionada a que fuera cierta (y luego lo fue) la promesa de un zahorí de que en ese lugar se podrían alumbrar aguas. Supuestos muy interesantes de autorizaciones *ex* artículo 417 del Código Civil ensambladas con convenios entre dueño del lugar y futuro alumbrador sobre las aguas alumbradas futuras y acaso repartiéndose las ambas, pueden verse en las sentencias contencioso-administrativas del TS de 22 de diciembre de 1983 (*RAr.*, núm. 6411); de 29 de abril de 1996 (*RAr.*, núm. 3384); y de 20 de septiembre de 2001 (*RAr.*, núm. 7454); y en la sentencia civil de 31 de octubre de 1991 (CL núm. 759, págs. 451 a 455), en la que, habiendo existido un alumbramiento entre dos socios con propósito de repartirse la propiedad privada del agua en los años setenta del siglo pasado, el TS rechaza la existencia de una sociedad civil entre ellos, pero por no considerar probada la participación de uno de los dos alumbradores. En la sentencia contencioso-administrativa del TS de 18 de noviembre de 1998 (*RAr.*, núm. 7969) se contempla un curioso caso de pacto en Canarias, vigente ya la Ley canaria de aguas de 1987, de aceptación contractual de mutuas afecciones en los respectivos aprovechamientos de aguas subterráneas, discutiéndose su posible eficacia frente a tercero, que se niega en ese caso. También se percibe muy bien el sesgo romanista y favorable al principio de accesión, en detrimento del de ocupación, en la sentencia civil del TS de 5 de noviembre de 1990 (*RAr.*, núm. 8522) y en la curiosa sentencia civil del TS de 13 de diciembre de 1985 (*RAr.*, núm. 6526), y en la sentencia contencioso-administrativa de 17 de febrero de 2004 (*RAr.*, núm. 3159).

Afortunadamente, también otras sentencias del TS, de las que cito alguna en el mismo lugar de mi libro de 1996, afirmaron o explicaron bien, aunque sin sólida o detenida argumentación, que las aguas eran *res nullius* antes del alumbramiento y que correspondían al alumbrador, aunque fuera persona distinta del dueño del terreno. Cfr., por ejemplo, las sentencias contencioso-administrativas del TS de 28 de febrero de 1968 (*RAr.*, núm. 1226); de 8 de octubre de 1970 (*RAr.*, núm. 3792); de 28 de mayo de 1986 (*RAr.*, núm. 4470); de 4 de marzo de 1998 (*RAr.*, núm. 2290) y la sentencia civil de 28 de octubre de 1994 (*RAr.*, núm. 7873).

(11) Obsérvese además, que cuando el pozo era alumbrado por una persona casada en régimen de gananciales (el marido, por ejemplo) en una finca privativa suya, había que pensar que mientras que si jugaba el principio de accesión el pozo sería siempre de su exclusiva propiedad y privativo, si podía entenderse, en cambio, que jugaba el principio de ocupación, lo que sería, según explico, lo más común para los *pozos artesianos*, la consecuencia sería, entonces, al menos en la mayoría de los supuestos, la de que el pozo alumbrado devendría bien ganancial y por así decir propiedad por mitad del otro cónyuge. He explicado el problema, aunque para el similar supuesto del descubrimiento de un tesoro en finca privativa de persona casada con gananciales, en mi tesis doctoral *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Editorial Bosch, Barcelona, 1980, págs. 391 a 393. Ni que decir tiene

errónea concepción o interpretación prevalente en la práctica debió desalentar un tanto los alumbramientos de aguas subterráneas realizados por personas o empresas diversas de los dueños de las fincas y que el legislador de 1879 había pretendido, inteligentemente, estimular.

B) LA DEBILIDAD DE LOS TÍTULOS DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN ESTA ETAPA HISTÓRICA

Otro de los factores clave para entender la situación jurídica actual de las aguas subterráneas en España es la gran debilidad de los títulos de intervención administrativa con que ha contado la Administración hidráulica española durante más de un siglo para intentar controlar y poner algo de orden en el incesante incremento del uso y aprovechamiento de aguas subterráneas en nuestro país.

Si prescindimos del Archipiélago canario o de otros territorios con normativa especial o, en el Derecho general, de supuestos excepcionales de alumbramientos a distancia menor de la legalmente establecida (12), el intento más serio de dotar a la Administración española de instrumentos jurídicos eficaces para controlar o influir algo en el aprovechamiento de aguas subterráneas se dio durante la Segunda República, mediante dos Decretos de la misma fecha, 23 de agosto de 1934, uno de los cuales dictado específicamente para regular las aguas subterráneas, y el otro conteniendo el Reglamento de la Policía Minera y Metalúrgica. En estos Decretos de 1934 se instauró un

---

que estos problemas son todavía relevantes hoy para determinar la titularidad de los actuales pozos de propiedad privada.

(12) Algunos preceptos legales, en efecto, establecían unas distancias mínimas a las que se podían alumbrar aguas subterráneas, como las de 40 metros o 100 metros, según los casos, y conforme al artículo 24 de la Ley de Aguas de 1879. Cfr. también, artículo 25 del Reglamento de Policía de Aguas y sus Cauces de 1958 (Decreto de 14 de noviembre de 1958). O el artículo 236 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, contenido en el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, en relación con el artículo 590 del Código Civil. En cuanto al comentario y la jurisprudencia sobre estos preceptos, véase mi libro de 1996, págs. 272-273. Solía entenderse que en algunos de estos supuestos sí era admisible el alumbramiento de aguas subterráneas a distancia menor de la legal, pero con previa autorización administrativa para ello. El sistema legal era, por tanto, entonces, de adquisición de aguas subterráneas *nullius* por ocupación o por accesión, pero a través de una autorización administrativa y su consiguiente expediente administrativo. Lo que se entienda menos difícilmente si se presupone la noción de la ocupación como el modo de adquirir la propiedad de las cosas vacantes de posesión y faltas de dueño por un acto o hecho jurídicamente suficiente (el alumbramiento, aquí) y en las condiciones de la ley. Un concepto de ocupación prescindiendo de los tres requisitos clásicos (*corpus; animus; res nullius*). Este es el concepto de ocupación que propuse (y propongo todavía) a la doctrina en mi tesis doctoral de 1980. Véase la nota núm. ... del presente trabajo relativa al Derecho especial canario.

Registro de Manantiales en el que obligatoriamente habían de inscribirse todos los manantiales y pozos (salvo los pozos *ordinarios*, cuya inscripción se dejaba a la libre voluntad del propietario) de aguas privadas si no querían sus dueños que dichos aprovechamientos se consideraran *abusivos*. Las Jefaturas de Minas llevaban esos registros y autorizaban la *puesta en servicio* de las instalaciones (no, literalmente al menos, la investigación de aguas subterráneas), pudiendo llegar a *suspender* el aprovechamiento en ciertos casos en que éste se realizara contra las indicaciones de los ingenieros de la propia Jefatura de Minas. La suspensión la realizaba el Gobernador Civil, a propuesta de las Jefaturas de Minas (13).

El intento de razonable intervencionismo administrativo que representaron los Decretos republicanos de 23 de agosto de 1934 resultó sustancialmente fracasado, puesto que la gran mayoría de pozos artesianos y galerías alumbrados en nuestro país se realizaron clandestinamente, sin solicitar autorización administrativa para investigar las aguas (que, como digo, no era legalmente necesaria, en realidad) y sin inscribir tampoco después el pozo en el Registro de Manantiales de la Administración minera. Los Decretos de 1934 no alteraron el planteamiento privatista y de Derecho Civil de la Ley de Aguas de 1879 y del Código Civil (principios de ocupación o de accesión, como dije, o principio de usucapión, en su caso, etc.) porque eran normas de rango inferior a la ley y porque el Tribunal Supremo, en muchas sentencias, reconoció una amplia o plena protección a estos pozos artesianos clandestinos o *abusivos*, alumbrados y aprovechados al margen de todo control administrativo. Podría resumirse toda esta persistente orientación jurisprudencial afirmando que el alumbrador clandestino también adquiriría la propiedad privada de las aguas alumbradas, pese a calificar retóricamente como *abusivo* al aprovechamiento las normas administrativas (14).

---

(13) Este Registro de Manantiales sigue presentando hoy mucha importancia porque nos proporciona todavía los aforos de los pozos antiguos justificados con el valor de un documento público y, con ello, proporcionan una información oficial que, cuando existe, debiera ser tenida muy en cuenta por los tribunales en los continuos pleitos sobre aguas subterráneas que los pozos producen. Por desgracia, la falta de claridad de ideas que se instaló en la Ley de Aguas de 1985 y que ha acabado impregnando a alguna jurisprudencia conducen a veces a una cierta depreciación probatoria, casi siempre injusta, de las certificaciones sobre los aforos de los pozos inscritos en los Registros de las Jefaturas de Minas. Es muy significativa, al respecto, la sentencia contencioso-administrativa del TS de 12 de mayo de 2004 (*RAr.*, núm. 4716), que deja injustamente de tomar en consideración una de estas certificaciones. Por lo demás, me han llegado noticias de que en algunos lugares la Administración minera se resiste u opone dificultades a emitir estas importantísimas certificaciones sobre pozos antiguos. Quizá para dar mayor fuerza a los escritos de solicitud a la Administración, convenga recordar a ésta su posible responsabilidad penal, en caso de negativa injustificada, con base en el artículo 412, apartado 3.º, párrafo 3.º, del vigente Código Penal de 1995.

(14) Cfr. mi libro de 1996, págs. 260 a 273, con minuciosa exposición de la jurisprudencia pertinente. O también similar explicación recogida por DEL SAZ CORDERO, Silvia,

Otro factor clave para entender la actual situación jurídica de las aguas subterráneas en nuestro país es la considerable indeterminación de la cuantía del derecho adquirido sobre aguas subterráneas por el alumbrador, según lo regulaba la Ley de Aguas de 1879. El derecho a un pozo, a unas aguas subterráneas, es el derecho a una corriente, en principio discontinua, de agua; a un volumen de agua por unidad de tiempo que incluía sobre todo las aguas futuras que allí habrían de brotar en lo sucesivo (la propiedad de un chorro de agua), y volumen concreto de agua que debe ser precisado porque, de no hacerse así, sería imposible delimitar ese derecho de otros derechos próximos y, en definitiva, sería imposible protegerlo con rigor por la Administración o por los tribunales. Pues bien, mientras el legislador de 1879 fijó en el «mayor caudal ordinario» la cuantía del derecho sobre un manantial natural o sobre otras corrientes de aguas superficiales (cfr. arts. 28, 32 y 37), dejó por completo en la penumbra la determinación precisa de la cuantía del derecho adquirido por un alumbrador de aguas subterráneas (o por el dueño del terreno, en los casos excepcionales o de menor trascendencia económica en que funcionaba el principio de accesión).

Este problema, totalmente descuidado por la doctrina jurídica, parece que había de resolverse reconociendo en el espíritu de aquella regulación de 1879, no sin cierto esfuerzo interpretativo, un principio de liberalismo exacerbado con arreglo al cual cada alumbrador adquiriría todas las aguas subterráneas que consiguiera llegar a ocupar sin mermar las aguas de otros derechos o aprovechamientos preexistentes (15). Quizá los artículos 384 y siguientes del

---

«¿Cuál es el contenido de los derechos privados sobre las aguas subterráneas?», en el Libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín, 2002, págs. 68 y 86. El libro Blanco del Agua de 2000 ha recogido también esa explicación mía sobre el fracaso ante los tribunales del Registro de Manantiales instaurado en 1934. Cfr. su pág. 340.

(15) Cfr. mi libro de 1996, págs. 246 a 257. En esa explicación critico la bastante diversa de la aquí ofrecida y que en 1968 había dado Alejandro NIETO GARCÍA en un importante artículo suyo en la Revista de Administración Pública, y explicación que, como allí mismo indico, ha tenido bastantes seguidores entre los administrativistas. NIETO GARCÍA venía a pensar que el alumbramiento daba al alumbrador un mero interés y que sólo la toma de posesión de los caudales otorgaba la propiedad privada sobre ellos, pero en su parte sólo superficial y artificialmente conducida. Frente a ello, propuse y propongo que, más probablemente, como he explicado al principio de este trabajo, era el alumbramiento lo que otorgaba el derecho de propiedad sobre la corriente de aguas subterráneas y, sobre todo, que ésta era inescindible como tal corriente de agua (normalmente discontinua e impulsada por la fuerza de un motor) en su tramo oculto bajo tierra y en su tramo ya extraído y conducido por la canalización. La corriente completa de agua con sus dos tramos era y es el objeto del derecho de propiedad sobre las aguas alumbradas. Por eso, como también expliqué en mi libro de 1996, el TS reconoce en ocasiones la acción reivindicatoria a los dueños de pozos de aguas privadas que reclaman la restitución de las mermas de caudal que se les causan desde otros pozos. Es el tramo oculto de la corriente de aguas privadas el más vulnerable y el que con mayor urgencia necesita una protección enfática por el Derecho. Otra cosa es, como se ha explicado al principio de este trabajo,

Código Civil, sobre deslinde de propiedades inmuebles, podía prestar también algún auxilio interpretativo, al menos por analogía. Y la ocupación no sólo era modo de adquirir la corriente de aguas alumbradas con esa mencionada plenitud, sino que era también modo de aumentar posteriormente la cuantía de la corriente adquirida mediante sucesivas profundizaciones del pozo o aumentos de la potencia del motor de la bomba extractora del agua. No había límite en la práctica (fuera del posible costo económico de la operación) a esas adquisiciones de la propiedad del agua y a sus sucesivos aumentos, hasta que el alumbrador no tropezaba con otro titular de aguas perjudicado y dispuesto a defenderse ante los tribunales. Los tribunales eran, así, quienes iban delimitando en la práctica la cuantía de los derechos sobre aguas alumbradas y los límites de esos derechos de propiedad sobre las aguas (cfr. art. 23 de la Ley de Aguas de 1879). Los tribunales o bien, hay que suponer, a veces también los acuerdos amistosos entre vecinos, anteriores o posteriores al alumbramiento, temerosos del costo económico y de la duración del posible pleito.

El mencionado principio de liberalismo exacerbado resultó relativamente inofensivo el siglo pasado, en las primeras décadas de aplicación de la Ley de 1879, cuando las técnicas de perforación de los terrenos presentaban una eficacia limitada y cuando el consumo de aguas subterráneas se mantenía todavía en unos bajos niveles. Sin embargo, el incesante incremento de la potencia de las máquinas perforadoras y bombas de extracción del agua y el también incesante aumento del consumo de aguas subterráneas a todo lo largo del siglo xx (y sobre todo en su segunda mitad), han puesto de relieve lo peligroso que era ese planteamiento de exacerbado liberalismo de la Ley de Aguas de 1879 y cómo el mismo ha conducido en ciertas zonas a unos resultados antisociales y francamente incompatibles con el interés general. A la formidable expansión de la explotación de las aguas subterráneas ha acompañado, y por las mismas razones explicadas, una tradicional despreocupación por la progresiva contaminación de los acuíferos (16).

---

que una cierta toma de posesión de la corriente descubierta por el alumbrador se hiciera necesaria para precisar la cuantía de la corriente de agua adquirida por éste por ocupación. Recientemente, DELGADO PIQUERAS y GALLEGO CÓRCOLES parecen dar a entender, recordando las opiniones del profesor NIETO y la mía, que el TS habría venido a dar la razón más bien al primero, lo que no creo que sea cierto en general si se leen con cuidado las dos opiniones doctrinales recordadas y las doctrinas invocadas por el TS, que no creo que hayan negado nunca, éstas últimas, al menos frontalmente y con argumentos estimables, la explicación que di en 1996 y que mantengo todavía. Cfr. De estos últimos autores, su libro *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, Albacete, 2007, págs. 73 a 78.

(16) En dicho sentido, en general, y bastante crítico con las soluciones legales sobre ello, que tiende a considerar insuficientes, SANZ RUBIALES, Íñigo, *Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1997, 261 págs. Cfr. también CALVO CHARRO, María, *El régimen jurídico de los humedales*, Madrid, 1995, págs. 123-124.

En efecto, el radical liberalismo que inspiró la regulación de las aguas subterráneas de la Ley de 1879 ha constituido, por una parte, una poderosa palanca con la que la iniciativa privada ha desarrollado muy eficazmente la producción agrícola, a veces de forma espectacular, y ha facilitado jurídicamente a los municipios la perforación de pozos para atender las necesidades de agua para el abastecimiento de las poblaciones o incluso urbanizaciones, pero, por otra parte, ello se ha logrado a costa de desecar o reducir la mayor parte de los humedales del país, mermar o hacer desaparecer muchos arroyos y manantiales y aun tramos de ríos, y producir una aguda sobreexplotación y salinización de algunos de los acuíferos del país. Los casi doscientos kilómetros del río Guadiana que han desaparecido por la sobreexplotación del que se denominó Acuífero 23, en La Mancha Occidental, muestran de forma dramática y muy significativa la gravedad real del problema de la sobreexplotación de acuíferos.

Esta grave y peligrosa situación fue uno de los factores que en mayor medida propiciaron la reforma legal del régimen jurídico de las aguas en 1985. La Ley de 1879 produjo un desplazamiento masivo de aguas que se consideraban públicas el siglo pasado a aguas que se consideran ahora (con criterio discutible: cfr. art. 23 de la Ley de 1879) subterráneas privadas (17). Y ello, aparte de la gran inseguridad jurídica que se ha creado en nuestro país en cuanto a la posesión de las aguas, sea cual fuere el título jurídico que se ostente sobre dichas aguas. En la práctica, parece que ya ni el Registro de la Propiedad ni el haber obtenido una sentencia judicial favorable y firme aseguran en este momento del todo la pacífica posesión de las aguas. Hay una sensación de crisis o de impotencia en este ámbito de nuestro sistema legal de protección de los derechos subjetivos. Nadie está del todo seguro con su pozo o su agua superficial en la actual situación y nadie está tampoco de verdad a salvo de que otros le contaminen sus aguas. Frente a la lenta maquinaria de la Justicia algunas empresas perforadoras ofrecen hacer el nuevo pozo más profundo en un solo día, y la contaminación de los acuíferos puede producirse en lugares y por razones muy diversas y muy difíciles de controlar.

Desde 1866 existen más de mil sentencias del Tribunal Supremo que se han dedicado, de una u otra manera, a resolver conflictos entre pozos o de pozos con otros aprovechamientos de aguas. Este solo dato creo que demuestra cómo la evolución económica y social ha desvirtuado el originario planteamiento del legislador de 1879. Se pensó inicialmente en adquisición por ocupación de unas aguas subterráneas sin dueño (*res nullius*) y se ha llegado a una situación en la que, en buena medida, unos usuarios quitan el agua a otros, llevando siempre las de ganar los que tengan pozos más profundos y

---

(17) Cfr. sobre este difícil problema, completamente desatendido por la doctrina y parece que no discutido ante el Tribunal Supremo, mi libro de 1996, págs. 282 a 287.

bombas extractoras más potentes y puedan pagar mejores abogados para defender lo conseguido con ellas. Hoy en día se hacen sin dificultad pozos de 700 u 800 metros de profundidad. Se ha hablado y escrito sobre una *guerra de profundidades*. En otras ocasiones los alumbradores simplemente han quitado las aguas al Estado, que es un poco como decir que nos las han quitado a la generalidad de los españoles. Ha habido, en fin, capitalismo salvaje y desarrollo no sostenible, lo mismo con los tecnócratas del franquismo, que con el PSOE, que con el PP. La Administración, tanto en el Libro Blanco de las Aguas Subterráneas de 1994, como en el Libro Blanco del Agua de 2000 ha hecho un honesto esfuerzo por informar seriamente de todo este proceso, que, naturalmente, no se ha producido, por lo demás, en todas partes con igual intensidad.

## II. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA REFORMA LEGAL DE 1985 Y DE LAS REFORMAS NORMATIVAS POSTERIORES

### A) SIGNIFICADO TÉCNICO DE LA REFORMA LEGAL DE 1985 Y SU CRÍTICA

#### a) *La opción legal establecida y la amplia irretroactividad del sistema*

En materia de aguas subterráneas, la vigente Ley de Aguas de 1985 ha dejado las cosas más o menos como estaban, al menos en cuanto a los pozos y alumbramientos que existían en el momento de su entrada en vigor y que fueron autorizadamente estimados por entonces en la cifra de medio millón (18).

La vigente Ley de Aguas de 1985, Ley 29/1985, de 2 de agosto, promovida por el Gobierno del PSOE durante su primera legislatura, tras el acceso al poder de este partido en octubre de 1982, es Ley que se presentaba, en su Preámbulo y en sus dos primeros artículos, como publicadora de todas las aguas, todas ellas pertenecientes, se afirma repetidamente y con toda razón, a un único ciclo hidrológico. Sin embargo, la publicación o dominialización (19) de todas las aguas que pretendidamente hace la Ley de 1985

---

(18) Cfr. LLAMAS MADURGA, Ramón, y CUSTODIO, Emilio, en *Informe científico técnico sobre el Proyecto de Ley de Aguas*, 1985. Y sobre ese informe, mi libro de 1996, pág. 95, nota 24.

(19) Advierto al lector de que personalmente me resisto a utilizar el término «demanialización», de uso ya muy mayoritario entre los juristas españoles, pero que es palabra italiana introducida sobre todo por comodidad y creo que sin una reflexión seria, y que, aunque ya aceptada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, no está todavía, por fortuna, en la Constitución ni en el Código Civil, ni en las leyes españolas más importantes y genuinas sobre dominio público. Con el término «dominialización», que reconozco también discutible, y que usan también otros autores, soy fiel a lo que me enseñó en las aulas universitarias el profesor GUAITA MARTORELL, Aurelio.

queda muy desvirtuada por los criterios adoptados en las disposiciones transitorias de la mencionada Ley. Estos criterios, en efecto, insertos además en un contexto legal muy desafortunadamente diseñado (20), han sido el de

(20) Conviene recordar que antes del actual Texto Refundido de Aguas de 2001, la Ley de Aguas de 1985 afirmó a la vez, en su Disposición Derogatoria, derogar absolutamente la Ley de Aguas de 1879 y derogar el Código Civil sólo en cuanto a sus artículos 407 a 425 y sólo en cuanto se opongan a lo establecido en la presente ley (Disposición Derogatoria, apartado 1, párrafo 3.º), pero a la vez que afirmaba, incoherentemente, en su Disposición Final 1.ª, que en todo lo que no esté expresamente regulado por esta Ley, se estará a lo dispuesto por el Código Civil. La triple afirmación legal producirá perplejidad a cualquier jurista sensato que conozca algo del Derecho de aguas, primero por las dos fórmulas utilizadas, tan diversas e incompatibles, para mantener cierta vigencia del Código Civil, y segundo, porque los señalados artículos 407 a 425 del Código no eran o son sino un resumen fidelísimo de la regulación de la Ley de Aguas de 1879, sin la que ese resumen fidelísimo no termina de entenderse del todo. Hubiera tenido mayor lógica, por eso, derogar absolutamente esos artículos del Código Civil y mantener vigente, en lo no contradictorio con la nueva Ley de 1985, la Ley de 1879. Como he explicado en mi libro de 1996 (cfr. pág. 369) la explicación de todas estas irrazonables afirmaciones legales se encuentra muy clara en la explicación que Emilio PÉREZ PÉREZ, uno de los principales autores de la Ley de Aguas de 1985, dio de la cuestión en un libro suyo de 1991. Explicaba allí el autor que la propiedad privada subsistente sobre algunas aguas se regiría sólo por el Código Civil y no por la Ley de Aguas de 1879 y que el Código Civil se aplicaría en dichos supuestos como «Derecho supletorio». Cfr. sus *Comentarios* a la Ley de Aguas de EDERSA, dirigidos por el profesor ALBALADEJO, 1991, págs. 8 y 69. No cabe otro comentario sobre tan insólitas afirmaciones que el de que PÉREZ PÉREZ consideraba, cuando redactó la Ley de 1985 y después, que las leyes posteriores que derogan expresamente a otras se harían sólo por eso retroactivas salvo en lo que establecieran expresamente en contrario y que *Derecho supletorio* era o podía ser el Derecho aplicable a derechos constituidos antes de la entrada en vigor de la ley nueva y fruto de la retroactividad expresamente establecida por el legislador. O sea, que este autor, considerado por algunos como un gran especialista en Derecho de aguas, ignora (o ignoraba entonces, pero todavía no ha rectificado estos tremendos errores) lo que es la derogación de las leyes y la irretroactividad de las leyes y el Derecho supletorio. Es evidente que la no retroactividad parcial de la Ley de Aguas de 1985, sobre todo en relación a las aguas privadas, supondrá hacia el futuro cierto tipo de «vigencia» especial para esas aguas privadas de las soluciones de la Ley de 1879, por muy derogada que esté formal y expresamente, y también por cierto del Código Civil, y no entonces como *Derecho supletorio*, digan lo que dijeren las dos fórmulas de derogación de nuestro primer cuerpo legal usadas por la Ley de Aguas de 1985. Esas dos fórmulas de derogación que se habían utilizado simplemente delimitaban el grado de coexistencia del Código Civil con la Ley de Aguas de 1985, no en cuanto al ámbito de irretroactividad de esa Ley, sino en cuanto al grado de coexistencia de su eficacia normal o general con la del Código Civil que se quería respetar como —ahora sí— Derecho supletorio o complementario. Además de ello, cuando explique la llamada *protección administrativa* en la parte final de este trabajo, se verá que los autores de la Ley de Aguas de 1985 no tenían claras las funciones o potestades de la Administración en relación con las aguas ni la delimitación entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa en relación también con las aguas, en particular.

El Texto Refundido de aguas de 2001 ha reducido, pero no suprimido del todo, la defectuosa construcción de estos muros maestros de nuestro ordenamiento de las aguas. Ha derogado, en su propia Disposición Derogatoria, la Ley de 1985, y con ella, la derogación expresa y completa de la Ley de Aguas de 1879 y la derogación del Código Civil en los

genérica irretroactividad respecto de las aguas privadas (apartado 1.º de la Disposición Transitoria 4.ª como regla general de irretroactividad y Disposiciones Transitorias 2.ª a 4.ª, también hoy del TR de aguas de 2001) y el de genérica retroactividad, atenuada a ciertos efectos importantes, respecto de las aguas públicas (Disposición Transitoria 1.ª, también hoy del TR). Aunque la irretroactividad de la Ley para las aguas privadas se enfrenta a las inercias y concepciones de muchísimos funcionarios de la Administración hidráulica y de un amplio sector de la doctrina administrativista, lo cierto es que no puede dejar de significar una fuerte pervivencia en ese ámbito de la Ley de Aguas de 1879 y del Código Civil y de sus planteamientos eminentemente civilistas.

Según la interpretación de las Disposiciones Transitorias 2.ª a 4.ª, que parece más sólida y que sostiene la mayoría de los autores, además del Tribunal Constitucional (sentencia 227/1988, Fundamentos Jurídicos 6 a 8) (21) y que presuponen muchísimas sentencias del Tribunal Supremo, los titulares de algún derecho sobre aguas privadas tuvieron durante tres años una opción entre acogerse al sistema de la nueva Ley, inscribiendo su derecho en el Registro de Aguas y viendo limitado (cfr. apartados 3.º y 4.º de las Disposiciones Transitorias 2.ª y 3.ª) y transformado su derecho (de propiedad, en su caso) a los cincuenta años en una preferencia para la obtención de una concesión administrativa sobre las mismas aguas (publicadas, por tanto), o bien, por el contrario, si lo preferían, seguir disfrutando sus derechos de propiedad privada *en el mismo modo y forma que hasta ahora*, indefinidamente, pero también con las limitaciones impuestas por los números 3.º y 4.º de dichas Disposiciones Transitorias y sin gozar de una pretendida *protección administrativa* derivada del Registro de Aguas. O si se quiere, a los dueños de aguas privadas (de pozos, en particular) o titulares de derechos sobre ellas se les dio a elegir entre regir sus aprovechamientos indefinidamente por la Ley antigua con ciertas importantes y oscuras limitaciones añadidas o regirlos por la Ley nueva plenamente, pero reducidos sus derechos de propiedad por esas mismas oscuras limitaciones y abocados a transformarse en concesiones

---

artículos 407 a 425 y sólo en lo contradictorio con la Ley de 1985, pero ha mantenido la Disposición Final 1.ª de dicha Ley de 1985 y su idea de que el Código Civil sigue vigente en lo que no haya sido *expresamente* contradicho por *esta Ley*. Queda ahora, por tanto, la irrazonable derogación absoluta de la magnífica Ley de Aguas de 1879 (cfr. art. 2, apartado 2.º, inciso 2.º del Código Civil) y una, escasamente coherente con ésta, amplísima vigencia del Código Civil (de interés para las aguas privadas, sobre todo) como Derecho supletorio. Cfr. mi nota crítica al libro de PÉREZ PÉREZ, *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*, de 1998, en el *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre de 2000, págs. 1054-1072.

(21) Para una valoración de esta estimable y trabajada sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, que flojea en cuanto a las cuestiones de Derecho Civil, véase mi comentario y valoración en mi libro *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Publicaciones Universitarias de Zaragoza, 1990, págs. 139 a 253.

administrativas (en públicas las aguas, por tanto), una vez que transcurrieran cincuenta años (22).

(22) En otro sentido, la opción legal regulada en la Ley vigente está muy contaminada por la equivocada teoría de que la propiedad privada del agua sería, según algunos, en realidad sólo un derecho real del aprovechamiento del agua; se apoya excesivamente en la novedosa y endeble noción de «protección administrativa»; y está, en general, muy defectuosamente redactada y regulada, haciendo muy difícil la delimitación entre las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa en estas cuestiones y muy oscuro el posible significado y alcance de las resoluciones administrativas y sentencias judiciales sobre todo ello.

Sin poder argumentar con detalle sobre todo esto en un trabajo de las dimensiones del presente, explicaré que, para cuando todavía no estaba vigente la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley 10/2001, que analizo posteriormente, había considerado como solución menos mala la de otorgar que la resolución administrativa estimatoria de la inmatriculación temporánea (dentro del plazo de los tres años) de un derecho sobre aguas privadas en el Registro de Aguas cerró legalmente el Catálogo de aguas privadas de modo definitivo para dicho derecho de propiedad y de forma rígidamente vinculante para la Administración y para los tribunales. El cierre del Catálogo sería el efecto constitutivo e irreversible del ejercicio de una facultad potestativa de modificación jurídica implícita en la opción legal reconocida por el legislador. En cambio, parecía bastante defendible que los derechos sobre aguas privadas inadmitidos por la Administración en el Registro de Aguas conservaran una segunda oportunidad de inmatriculación directa en el Catálogo de aguas privadas pese a la existencia de la previa solicitud de inscripción del derecho en el Registro de Aguas, que no había dejado de ser ejercicio de la opción legal potestativa en ese sentido concreto y determinado. La naturaleza potestativa de la opción legal no parece suficiente, en un caso así, y visto el conjunto del sistema legal, para dejar al solicitante inadmitido en el Registro de Aguas definitivamente fuera tanto del Registro de Aguas como del Catálogo. Cfr. mi libro de 1996, págs. 71 y sigs., y 86-88. La sentencia contencioso-administrativa del TS, de 29 de noviembre de 2000 (*RAr.*, 2001, núm. 43), contempla un caso en el que el Alto Tribunal, sin reflexión ninguna sobre estas cuestiones y creo que poco razonablemente, admite que un dueño de pozos de propiedad privada parece que ya inscrito en el Registro de Aguas solicite luego, con algunas variantes respecto de la solicitud originaria, su inclusión o inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas.

Podría completarse esa explicación, afirmando que sentencias contencioso administrativas firmes que nieguen la inscripción y la propiedad privada de determinadas aguas al solicitante de la inscripción en el Registro de Aguas o en el Catálogo no necesariamente producirán cosa juzgada material para dicho solicitante, pareciéndome que, si esas sentencias habían negado la propiedad privada de las aguas por mera falta de prueba de los requisitos necesarios para la inscripción solicitada, debería quedar al solicitante inadmitido, al menos en ciertos casos, el resquicio del llamado peregrinaje de jurisdicciones, de modo que pudiera ejercitar todavía, ante la jurisdicción ordinaria, acciones declarativas de propiedad o reivindicatorias sobre la propiedad privada de sus aguas. Lo que parece que debería tener vedado la posible sentencia civil firme, lograda tras el ejercicio de dichas acciones, habría de ser la orden directa a la Administración de la inscripción de esas aguas privadas en el Registro de Aguas o en el Catálogo y ello salvo, acaso, que la denegación de la inscripción de la Administración o de la sentencia contencioso administrativa firme se hubieran apoyado decisiva o exclusivamente en la falta de prueba de la propiedad privada del agua del correspondiente solicitante de la inscripción administrativa. Y si el solicitante de inscripción inadmitido hubiera sido al principio solicitante de inscripción en el Registro de Aguas, creo que, para que el sistema mantenga alguna coherencia, incluso con una ulterior sentencia civil firme declarativa de la propiedad privada de sus aguas debería poder pedir sólo de nuevo la inscripción en el Registro de Aguas, pero no ya,

Pero incluso en este último supuesto, la propiedad privada del agua, aunque constreñida ahora también por las limitaciones legales de los aparta-

cambiando ahora su elección inicial, en el Catálogo de Aguas Privadas. No debería poder haber marcha atrás en el ejercicio del derecho potestativo que la ley reconoció al propietario de aguas privadas, aunque sea también discutible si esa irreversibilidad debería entenderse producida ya desde la mera presentación a la Administración de la solicitud de inscripción en el Registro de Aguas (aquí no se regula algo así como una admisión a trámite) o sólo desde la existencia de una resolución administrativa sobre dicha solicitud de inscripción, admitiéndose con anterioridad a ésta última, entonces, que todavía el solicitante de la inscripción hubiese podido retirar su solicitud ya presentada y admitida, acaso con el designio de presentar otra ante el Catálogo. Ya se ve que intentar construir con cierta lógica sistemática el conjunto de las posibilidades de la regulación legal conduce a una complejidad excesiva y al discutible resultado de posibles pleitos de acaso veinte años de duración para que el propietario pueda defender cabalmente su derecho de propiedad sobre las aguas.

La antes citada sentencia contencioso-administrativa del TS, de 29 de noviembre de 2000 (RAR. de 2001, núm. 43) sí parece acertar en su afirmación, frente a la petición del Abogado del Estado de que no sustituyese a la Administración en el expediente administrativo de inscripción de unas aguas privadas subterráneas en el Catálogo, de que la propia sentencia podía contener pronunciamiento directo sobre la necesaria inscripción en el Catálogo de esas aguas y en qué medida o circunstancias.

En todo caso, lo que sí es seguro, pero acaso no inútil advertirlo, es que posibles sentencias contencioso administrativas firmes declarando determinadas aguas como privadas y bien hecha su inscripción o en el Registro de Aguas o en el Catálogo de Aguas Privadas no son cosa juzgada frente a personas distintas del solicitante de esa inscripción y luego titular registral administrativo (cfr. art. 222 de la LEC de 2000). De modo que esas personas diversas podrán siempre ejercitar acciones declarativas de la propiedad privada de esas aguas o acciones reivindicatorias sobre las mismas, ante la jurisdicción ordinaria, creo que incluso bajo la nueva Ley 29/1998 sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y contra esos titulares registrales administrativos de las correspondientes aguas privadas.

En todo caso, desde este punto de vista, y pese a tanta complejidad, se comprende bien la irracionalidad de fondo de toda esta regulación. El legislador puso un cauce o examen muy difícil para acceder a un *status* bastante desfavorable (Registro de Aguas) y un cauce mucho más amplio y fácil para acceder al *status* más favorable (Catálogo de Aguas Privadas). Es como si un profesor fijara el aprobado como nota máxima para quienes superasen un difícil examen y concediese de antemano sobresaliente a todo alumno que no se presentase al examen. Y todavía más: es como si el alumno que se presentase a ese examen y no consiguiera aprobarlo, tuviera asimismo garantizado el sobresaliente. Un aprobado para el que hiciese bien el difícil examen y un sobresaliente para el que lo hiciese mal. Adelantando el significado de la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley 10/2001, que comentario posteriormente, podría afirmarse, siguiendo con la misma metáfora, que nuestro arbitrario profesor ha puesto más tarde un nuevo examen sin anunciarlo, y del que casi nadie se ha enterado, convocado en el perentorio plazo de tres meses y destinado a los alumnos con sobresaliente, de modo que los que se presentasen mantendrían seguro (o casi seguro) el sobresaliente, pero los que no se presentaron, fueron privados del sobresaliente y quedaron suspendidos. En esto ha desembocado finalmente la irrazonable forma de legislar del legislador de 1985.

Los dos ministros responsables de la legislación de aguas de la democracia, don Julián CAMPO SÁINZ DE ROZAS, del PSOE (1985), y doña Isabel TOCINO BISCAROLASAGA, del PP (1999), han incurrido, en mi opinión, en una clara culpa *in eligendo* al buscar los autores de esta tan difícil reforma legal como lo era la del régimen jurídico de las aguas. Ambos ministros ignoraron también algo que para mí ha sido siempre evidente, como es el que

dos 3.º y 4.º de la Disposición Transitoria 3.ª, perduraría como tal propiedad privada durante el mencionado plazo legal de los cincuenta años (23). En este sentido de calificar como aguas de propiedad privada las subterráneas privadas inscritas temporáneamente (dentro del plazo legal de los tres años) en el Registro de Aguas son muy claras las sentencias de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, del Tribunal Supremo de 30 de enero y 14 de mayo de 1996, y la de la Sección 6.ª de 18 de marzo de 1999 (24), además de muchas otras posteriores. Alguna otra sentencia califica también, con todo, a la propiedad privada inscrita en el Registro de aguas, creo que sin razón, como derecho *administrativo* (25). La opción legal explicada conllevaba que no se pudieran inscribir derechos sobre aguas privadas en el Registro de Aguas una vez transcurrido el plazo de caducidad de tres años, pero que, en cambio, sí se pudieran inscribir dichos derechos en el Catálogo de Aguas Privadas una vez transcurrido el plazo de los tres años, que para el Catálogo no funcionó como plazo de caducidad (26). El nuevo texto reformado de las Disposiciones Transito-

---

una reforma legal sería del régimen jurídico de las aguas no pueden hacerla sólo administrativistas, sino que ellos tienen que contar también, ineludiblemente, con civilistas e hipotecaristas. Es útil advertir también al lector que, pese a la amplísima doctrina aparecida en España sobre Derecho de Aguas en los últimos veinte años, no parece que nadie más, aparte de quien aquí escribe, por lo que conozco, se haya preocupado por reflexionar sobre estas graves complejidades que doctrinalmente plantea la opción legal introducida por el legislador de 1985. Y tampoco encuentro críticas claras como la que aquí formulo, pese a que se sabe ya con razonable certeza que el funcionamiento de las disposiciones transitorias de la Ley de 1985 ha sido defectuoso y ha creado muchos problemas que todavía permanecen en gran parte irresueltos. Ha habido y sigue habiendo en esto una gran conflictividad. Dicho funcionamiento bien podría considerarse como desastroso. Pero los políticos, habitualmente mal asesorados, en mi opinión, en estas cuestiones, han mirado siempre para otra parte.

(23) Para una explicación cuidada de esta interpretación, mayoritaria en la doctrina, y según la cual los *aprovechamientos temporales de aguas privadas* son verdaderos derechos de propiedad temporales, véase mi libro de 1996, pág. 435 y sobre todo nota 103 de ese capítulo. En esta misma línea pueden citarse a SÁNCHEZ MORÓN (1985); GUAITA MARTORELL (1986); DE LA CUÉTARA (1989); y DEL SAZ CORDERO (2002). El pensamiento en esto del profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO aparece algo dubitativo y poco claro, aunque más bien parece inclinarse finalmente por considerar los *aprovechamientos temporales de aguas privadas* como meros derechos de aprovechamiento de aguas. Cfr. *Derecho de aguas*, 1997, págs. 144 a 150.

(24) Cfr. las sentencias del TS citadas en el texto en el Repertorio Aranzadi de 1996, núm. 395 y núm. 4368, y Aranzadi de 1999, núm. 3153, respectivamente. Con anterioridad a éstas podría citarse también, en el mismo sentido, la sentencia civil del TS de 14 de diciembre de 1992 (*RAr.*, núm. 10.401).

(25) Por ejemplo, y en ambos casos en afirmaciones que no parecen sustanciales para la argumentación del TS, en las sentencias contencioso-administrativas de 2 de abril de 2001 (*RAr.*, núm. 8987) y de 20 de marzo de 2002 (*RAr.*, núm. 2621).

(26) Sin que obste a ello la existencia del plazo de tres años del artículo 195-2.º del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986. Cfr., en tal sentido, con cita de otras varias sentencias anteriores en el mismo sentido, la sentencia contencioso-administrativa del TS de 8 de marzo de 2004 (*RAr.* de 2005, núm. 2935).

rias 2.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup> por el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 pudo, pero no consiguió, dejar esto, que era y es una exigencia mínima de racionalidad del sistema legal, definitiva y totalmente claro.

Se conocen ya los datos sobre el ejercicio de la opción que concedieron las Disposiciones Transitorias 2.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup> de la Ley de Aguas de 1985 (27). A la vista de esos datos puede estimarse que entre el 10 y el 20 por ciento de propietarios de pozos se inscribieron en el Registro de Aguas y, por tanto, perderán su propiedad privada al final del plazo de los cincuenta años (el 1 de enero de 2036, lo que ha sido precisado por el TR de 2001); y que, correlativamente, más del 80 por ciento de los propietarios de pozos no se inscribieron en el Registro de Aguas y que, por tanto, éstos conservarán indefinidamente la propiedad privada de sus aguas alumbradas (salvo lo que se dirá sobre la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001). Esta explicación, en la que vengo insistiendo desde hace años, se va generalizando en la doctrina, que va comprendiendo que la pretendida dominialización o publicación de las aguas subterráneas fue más bien una pseudodominialización (28). Salvo las aguas de pozos alumbrados después de 1986 y salvo lo que se explicará sobre la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley 10/2001, todas las aguas que eran privadas bajo la Ley de Aguas de 1879 siguen siendo hoy aguas privadas, ya temporalmente (cincuenta años), ya indefinidamente.

---

(27) Cfr., sobre este asunto, mi libro de 1996, págs. 88 a 97. Han vuelto a añadir datos al respecto, aunque menos completos que los que aporté yo, pero confirmando su sentido general y explicando que hay todavía (2007) miles de expedientes recurridos y, por tanto, una situación caótica sobre la situación jurídica de los pozos, DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO, y GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, en *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, 2007, págs. 15-16.

(28) Estas Disposiciones Transitorias 2.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup> las he estudiado bastante a fondo en dos libros. El primero, *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1990, 267 págs.; y el segundo *Aguas públicas y aguas privadas*, Barcelona, Editorial Bosch, 1996, 877 págs. El profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO elogió y aceptó casi en su integridad esta interpretación mía sobre esos difíciles preceptos en otros dos libros suyos. El primero, *Titularidad y aprovechamiento de las aguas*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Discurso de recepción como Académico de Número, Madrid, 1995, 302 págs.; y el segundo, *Derecho de Aguas*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, 734 págs. Véase, para el elogio de mi interpretación la pág. 143, nota 108, y para su explicación del asunto, fuertemente inspirada por la mía, págs. 141 y sigs. y 305-306. Han acogido sustancial y explícitamente también mi interpretación, aunque en forma concisa, entre otros varios, PRATS ALBENTOSA, L., en la obra colectiva *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Tirant lo Blanch, 1994, págs. 302-303; y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, en la obra colectiva *Curso de Derecho Civil, Derechos Reales*, Editorial Colex, 2004, págs. 150-151. Hay que decir también en esta misma línea que, contra lo que muchos explicaban o daban a entender o presuponían hasta hace poco, el Tribunal Supremo reconoce ya en muchísimas sentencias la subsistencia en muchos casos de una auténtica propiedad privada de las aguas bajo la vigencia de la Ley de Aguas de 1985.

Es prácticamente unánime la opinión de que el legislador y el Gobierno de la época no dotaron a la Administración hidráulica, ni de lejos, de los medios que hubiera necesitado para abordar con éxito la inmensa tarea de los cientos de miles de expedientes que habrían de representar el cumplimiento de la opción legal de las disposiciones transitorias de la Ley de 1985. Todavía hoy no está del todo acabada esa tarea y hay miles de recursos administrativos y contencioso administrativos pendientes de resolución. Se ha escrito fundadamente sobre un verdadero *caos jurídico* en materia de aguas subterráneas y sobre una muy real *insumisión hidrológica* de los usuarios de las mismas (29). Y podría reconocerse también, a consecuencia de esta reforma legal, el efecto socialmente muy nocivo del descrédito o desprestigio de la ley.

Son cuantitativamente muy importantes las aguas subterráneas privadas en España y casi todas las que lo son hoy parece que van a seguir siéndolo también después del año 2036 (30). Cuando la Ley de 1985 declaró que se

---

(29) POR LLAMAS MADURGA, Manuel Ramón, quien dirigió un importante proyecto de investigación sobre las aguas subterráneas en el que intervinimos muchas docenas de estudiosos españoles y extranjeros, y en la redacción de las conclusiones finales de dicho proyecto de investigación. Cfr. *El proyecto Aguas Subterráneas: resumen, resultados y conclusiones*, Fundación Marcelino Botín, 2003, págs. 74 y 81-82, en cuanto a las afirmaciones recogidas en el texto. Hay que decir que juristas de mucho prestigio, como Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, o Sebastián MARTÍN RETORTILLO habían hecho desde el principio diagnósticos lúcidos y muy pesimistas sobre el desarrollo futuro de la Ley de Aguas de 1985, con los que coincidí mi modesta opinión en mi trabajo de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, de 1985, titulado *El régimen jurídico de las aguas subterráneas y su proyectada reforma*, págs. 165 y sigs., y 248 y sigs., en particular, para las críticas al proyecto de ley de 1985. Sin embargo, la Ley de Aguas de 1985 gozó de un apoyo mediático enorme y tenaz durante los muchos años de gobiernos del PSOE, apoyo mediático que llegó a convencer a los políticos del PP, y aun después durante el Gobierno de este partido, y contó con los elogios de una serie de juristas de más dudosa autoridad. A la larga, la mala calidad de la Ley de Aguas de 1985 ha resultado inocultable. Hoy, hasta EMBID IRUJO, Antonio, tenacísimo defensor y propagandista de la Ley en multitud de foros durante muchos años ha terminado por reconocer su mal funcionamiento, al menos respecto de las aguas subterráneas, y ha solicitado que se haga una nueva Ley de Aguas. Cfr. su trabajo *A vueltas con la propiedad de las aguas. La situación de las aguas subterráneas a veinte años de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Algunas propuestas de modificación normativa*, en *Propiedades públicas*, número extraordinario de *Justicia Administrativa*, 2006, págs. 193-194 y nota 50, y 203 a 205. También PÉREZ PÉREZ, Emilio, uno de los principales autores de la Ley ha llegado a reconocer que la situación actual parece incluso peor que la anterior a la Ley de 1985, aunque, sin capacidad ninguna de autocritica, echa toda la culpa de ello a la Administración y sigue insistiendo tozudamente en que la Ley de 1985 fue una buena Ley. Cfr. «El papel de los usuarios en la gestión de las aguas subterráneas», en el libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín y Mundi Prensa, 2002, págs. 231 a 233.

(30) El Libro Blanco del Agua de 2000, editado por el Ministerio de Medio Ambiente, alude ya a la probable existencia de un millón de pozos en España y estima que se bombean desde los mismos 5.532 hectómetros cúbicos de agua anuales. Véanse, entre otras, págs. 159 a 166.

integrarían en el dominio público las aguas subterráneas *renovables*, pero dejó de propiedad privada medio millón de pozos, hizo un arriesgado acto de fe considerando que, con semejante lastre, las acuíferos serían capaces de *renovarse* o sobreponerse cuantitativamente y regenerarse de forma natural (cfr. arts. 1 y 2 de la Ley). En realidad, en muchas zonas de España, en 1985 los niveles freáticos llevaban muchos años descendiendo y han seguido descendiendo también después hasta hoy mismo. Explico posteriormente cómo también la calidad de estas aguas privadas de acuíferos sobreexplotados, y la del conjunto de dichos acuíferos, por tanto, se defiende también con dificultad con los instrumentos jurídicos genéricamente previstos en nuestra legislación contra la contaminación del agua.

Cabe decir, por otro lado, que con la nueva Ley de 1985, las aguas subterráneas ocultas y todavía no alumbradas, que bajo la Ley anterior eran bienes sin dueño (*res nullius*), pasan ahora a ser de dominio público estatal, a ser propiedad del Estado (no de las Comunidades Autónomas). Pero ya se ve que ello sólo en un sentido genérico o residual. Gran parte de las aguas que circulan ocultas bajo tierra, precisamente la parte oculta de ese medio millón de corrientes de agua que siguen siendo privadas, no se han hecho de dominio público del Estado sino que siguen siendo de propiedad privada. El Tribunal Supremo es expreso en bastantes sentencias en reconocer la propiedad privada que recae sobre la parte oculta o subterránea de la corriente alumbrada (reconoce, más exactamente, la acción reivindicatoria, acción propia y típica del dueño o propietario de una cosa, frente a las mermas del caudal del pozo causadas desde otro pozo) (31).

Y obsérvese, para mejor comprender la situación, que todas esas corrientes de aguas alumbradas de propiedad privada (medio millón, al menos), que forman parte del acuífero o del agua subterránea oculta en un momento dado, tienen una cuantía determinada en teoría por el principio de la ocupación, pero en la práctica desconocida y que habrá de ser probada caso por caso al no figurar recogida normalmente en ningún registro autorizado ni en ningún documento público (salvo que exista una sentencia a favor del dueño del pozo), puesto que la mayoría de los alumbramientos se hicieron clandestinamente en nuestro país y al margen del Registro de manantiales instaurado por el Decreto de 23 de agosto de 1934. De modo que en teoría es claro el esquema legal previsto para las aguas subterráneas todavía ocultas (privadas las alumbradas antes del 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor de la Ley, y públicas las alumbradas después de esa fecha), pero en la práctica no podía ser más problemático y complejo dicho régimen, siendo como son tan difíciles los problemas de prueba en los conflictos jurídicos sobre el agua y

---

(31) Cfr., en ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en mi libro de 1996, págs. 725-726, 248 y 222.

tan compleja la geología del agua. Por eso también se ha señalado, con una cierta razón, que en muchos humedales se produce la situación paradójica de que sean las aguas subterráneas públicas y las superficiales supraestantes privadas (32).

Por otro lado, la gran heterogeneidad de los resultados que se dieron en las solicitudes de ejercicio de la opción legal de las Disposiciones Transitorias de la ley según zonas geográficas, demuestra lo desacertado que fue el criterio legal de fijar una opción tan oscuramente regulada y tan difícilmente inteligible para los no juristas (y aun para los juristas, vista la variedad de teorías e interpretaciones que surgieron). Paradójicamente, se optó por los dueños de pozos con mayor entusiasmo por el mantenimiento de la propiedad privada del agua allí donde la conflictividad era mayor y más precisa se hacía la publicación y el intervencionismo administrativo, y viceversa. Y para colmo, la Administración controlada por el PSOE, a la vez que sus políticos pregonaban machaconamente en sus discursos las virtudes del dominio público y de la planificación, abandonaba negligentemente durante los años ochenta y noventa las redes de toma de datos sobre las aguas subterráneas que trabajosamente se habían ido desarrollando los años anteriores (33).

Aunque la Ley de Aguas de 1985 fue recibida por la derecha española como una ley radical y *nacionalizadora* y fue impugnada (sin éxito) ante el Tribunal Constitucional, lo cierto es que fue una Ley políticamente bastante conservadora y que no estuvo a la altura de los tiempos (34). La creciente

---

(32) Cfr., en tal sentido, la explicación de CALVO CHARRO, María, *El régimen jurídico de los humedales*, Madrid, 1995, págs. 125-126. Afirmo en el texto que la afirmación de la autora que recojo tiene cierta razón, porque, aportando la misma reflexiones útiles, creo que no ha entendido bien la naturaleza residual del carácter de aguas públicas que tienen las aguas subterráneas del acuífero y cómo los derechos sobre las aguas subterráneas recaen como derecho subjetivo sobre una corriente de aguas con un tramo oculto y otro superficial, y cómo ocurre algo parecido con los manantiales naturales, y cómo, por tanto, en las zonas encharcadizas o humedales es esencial tener en cuenta el origen de las aguas, siendo perfectamente posible que sean aguas privadas en cierta proporción y públicas en otra proporción.

(33) Cfr. Libro Blanco del Agua, Ministerio de Medio Ambiente, 2000, págs. 97 a 100.

(34) Desde antes de la elaboración de la Ley de Aguas de 1985 existe una línea de pensamiento más radical o progresista, que no fue atendida por el legislador ni entonces ni después, acaso por un excesivo miedo a incurrir en vulneración del artículo 33-3.º de la Constitución. En un importante trabajo del año 1968, publicado en la RAP, Alejandro NIETO GARCÍA decía que eran muchos quienes reclamaban la publicación de las aguas subterráneas, aunque no citaba a nadie en particular y creo que se debía tratar más bien de ingenieros o funcionarios que de juristas con prestigio o con obra significativa en esta materia. En la fase de elaboración de la Constitución el profesor LORENZO MARTÍN RETORTILLO, entonces senador constituyente, intentó, sin éxito, incluir todas las aguas continentales, incluidas las subterráneas, en el dominio público (art. 132 de la Constitución). En mi tesis doctoral de 1980 (*Ocupación, hallazgo y tesoro*, Editorial Bosch, Barcelona, pág. 644) solicité también la publicación o nacionalización de todas las aguas subterrá-

conciencia ecológica de la sociedad y de la comunidad científica, el cada vez menos discutido cambio climático que se avecina, así como el Derecho comunitario, empujan en el sentido de una más seria y activa y profesional intervención de la Administración hidráulica en la explotación de las aguas subterráneas. Recuérdese que el artículo 4-1.º, letra b, de la Directiva marco europea 2000/60, de 23 de octubre, impone el restablecimiento de un marco de equilibrio en los acuíferos sobreexplotados en el plazo máximo de quince años, aunque ciertamente que con posibles prórrogas y excepciones, que habrán de debilitar bastante la imperatividad de dicha norma. Sin embargo, una sustancial recuperación de nuestros acuíferos más esquilados en tan breve plazo no parece posible sin una reforma radical de la legalidad actual, que yo había propugnado en trabajos míos anteriores. Muchas situaciones de sobreexplotación producidas parecen ya sustancialmente irreversibles.

b) *El binomio autorización de investigación-concesión de aguas públicas*

La innovación principal de la Ley de Aguas de 1985 es la de que los alumbramientos de agua subterránea que se hayan realizado o que se realicen en el futuro en España tras la fecha de entrada en vigor de la ley (primero de enero de 1986) serán de dominio público estatal (cfr. art. 2), y se regirán por los artículos 52 y 65 y siguientes de dicha Ley de 1985 y en general por el conjunto de la normativa de ésta y sus reglamentos (se organiza, en paralelo a la legislación minera, el acceso a una concesión administrativa a través de una previa autorización administrativa de investigación). Hoy hay que referirse a los artículos 2, 54 y 73 a 76 del Texto Refundido 1/2001, de 20 de julio. Es importante entender que la principal ventaja de este nuevo sistema

---

neas y desde entonces vengo manteniendo esta tesis en numerosos trabajos sobre la materia, aunque mi mejor conocimiento actual de cómo funciona la Administración hidráulica no ha dejado de erosionar un tanto mi fe en esa solución que todavía propongo. Recientemente, ante el evidente fracaso de la Ley de 1985, van surgiendo algunas opiniones en esta misma línea, como las de SAZ CORDERO (2002) y CALVO CHARRO (1995 y 2003). En 2003, el profesor LLAMAS MADURGA, recogiendo en un pequeño libro unas conclusiones de los esfuerzos y reflexiones de más de cien especialistas españoles y extranjeros sobre la situación de las aguas subterráneas en España (un Proyecto de Investigación que ha durado tres años), y a pesar de ser persona de ideología liberal conservadora y muy entusiasta del liberalismo económico, considera imprescindible superar el actual «caos jurídico»; que la mayoría de los acuíferos españoles están con sus «condiciones perturbadas»; y que se hace necesaria una intervención más activa de la Administración, cuya reforma institucional reclama; y aunque no llega a reclamar la publicación o dominialización de todas las aguas subterráneas, declara que son un «bien colectivo» y un «patrimonio común». En fin, insiste en la necesidad de «protección» y de «gestión sostenible» de las aguas subterráneas. Se trata del libro de dicho profesor *El Proyecto Aguas Subterráneas: resumen, resultados y conclusiones*, Fundación Marcelino Botín, Madrid, 2003, 101 págs., y para las conclusiones, en particular, págs. 73 a 93.

de aprovechamiento de aguas subterráneas controlado por la Administración o sistema administrativizado de aguas públicas es la de la previa y precisa determinación de la cuantía de los derechos subjetivos y reales sobre aguas subterráneas en todo caso.

La concreta cuantía de agua solicitada se debe precisar ya en la solicitud de autorización administrativa de investigación de aguas subterráneas, en la propia autorización de investigación cuando se conceda, y finalmente en la concesión administrativa que se otorgue al alumbrador autorizado que haya conseguido encontrar agua. Se le otorgará un derecho, del que quedará constancia documental pública y precisa, para medio litro por segundo, o para dos litros por segundo, o para diez litros por segundo. Esto permite racionalizar y controlar el reparto del agua existente (o que se prevé que existirá) mucho mejor que en el sistema de la Ley anterior, cuya aguda problemática he explicado ya. Con este nuevo sistema se debería poder poner algo de orden en teoría en el aprovechamiento futuro de aguas subterráneas, sobre todo si se consigue hacer funcionar correctamente el Registro de Aguas (lo que será difícil, porque está bastante mal regulado y sus efectos jurídicos con base legal son insignificantes) y si se consigue hacer funcionar la planificación hidrológica (lo que no parece que se esté consiguiendo, porque es objetivamente difícil y caro y habrá de hacerse con una regulación demasiado vaga y poco técnica en cuanto a los problemas jurídicos más difíciles o fundamentales: las determinaciones normativas de los planes de cuenca, contenidas sobre todo en una serie de órdenes ministeriales del verano de 1999, no invitan precisamente al optimismo) (35).

Parte de la doctrina ha advertido con razón que la nueva autorización administrativa de investigación de aguas subterráneas es constitutiva y no declarativa (36). Hay creación de un derecho nuevo por la Administración, aunque en dos fases sucesivas, apareciendo el derecho real administrativo sobre el agua sólo en la segunda, y no mera remoción por ésta de un obstáculo previo al ejercicio de un derecho preexistente del particular. Con estas autorizaciones administrativas constitutivas la Administración atribuye ya un derecho subjetivo y empieza a preparar la creación del derecho para el particular sobre un bien cuya titularidad última retiene ella (el agua subterrá-

---

(35) Los planes hidrológicos de cuenca se aprobaron genéricamente por el Gobierno en el Decreto 1664/1998, de 24 de julio, correspondiendo las Órdenes Ministeriales de agosto y septiembre de 1999 a que aludo en el texto a los planes del Norte I; Norte II; Norte III; Duero; Tajo; Guadiana I; Guadiana II; Guadalquivir; Sur; Segura; Júcar; Ebro y Cuencas intracomunitarias de Cataluña. Posteriormente, el Decreto 378/2001, de 6 de abril, aprobó el Plan Hidrológico de las Islas Baleares; y el Decreto 103/2003, de 24 de enero, aprobó el plan hidrológico de Galicia Costa.

(36) Cfr. DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, «El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España», 1989, pág. 143; o mi libro *Nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, 1990, pág. 22.

nea del acuífero es genéricamente pública o del Estado) y, por tanto, crea o no ese derecho, o debería crearlo, con un gran margen de libertad o «discrecionalidad», que parece existir tanto en la fase de autorización administrativa como en la fase de definitiva concesión. Gracias a este amplio margen de libertad, puede o podría en definitiva la Administración anticiparse al proceso de uso futuro de las aguas subterráneas y programarlo o planificarlo. Otra cosa es que la Administración española no parezca sobrada de energías como para abordar con eficacia esta compleja tarea de la planificación hidrológica.

La reforma del régimen jurídico de las aguas en Canarias ha seguido, en las leyes autonómicas de aguas de 10/1987, de 5 de mayo, y 12/1990, de 20 de julio, las grandes líneas de la Ley estatal de 1985 descritas en lo precedente (37). Es útil advertir que la que fuera Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> de dicha Ley de Aguas de 1985, relativa a Canarias, y clave en la transformación del sistema legal canario, ha pasado a ser la Disposición Adicional 9.<sup>a</sup> en el vigente Texto Refundido de aguas de 2001.

#### B) LAS LLAMADAS AGUAS SUBTERRÁNEAS «NO RENOVABLES»

Y hay que señalar todavía que la Ley de Aguas (cfr. art. 2, hoy del TR de 2001) ha excluido de dicha genérica publicación hacia el futuro a las llamadas aguas subterráneas *no renovables*, o aguas *fósiles*, según se suele entender dicho problemático término por la mayoría de la doctrina jurídica, que, por otra parte, suele criticar con toda razón, de forma prácticamente

---

(37) La originalidad del sistema canario de aguas deriva de que la escasez de las mismas en el Archipiélago, que a principios del siglo pasado eran casi todas aguas subterráneas (hoy las hay desaladas también), obligó a una prematura publicación de su régimen jurídico. Desde la Real Orden de 27 de noviembre de 1924, dictada durante la Dictadura de PRIMO DE RIVERA, se instauró la necesidad de una autorización administrativa previa para investigar aguas subterráneas que, con ciertos informes administrativos previos, concedían las Comisarías de Aguas. Esa autorización administrativa de investigación de aguas subterráneas se desarrolló después por la Ley de 24 de diciembre de 1962 y por el Decreto de 14 de enero de 1965. El sistema legal era, por tanto, hasta 1987, de adquisición de aguas subterráneas *nullius* por ocupación o por accesión, pero a través de una autorización administrativa y su consiguiente expediente administrativo. Lo que se entiende menos difícilmente si se presupone la noción de la ocupación como el modo de adquirir la propiedad de las cosas vacantes de posesión y faltas de dueño por un acto o hecho jurídicamente suficiente (el alumbramiento, aquí) y en las condiciones de la ley. Un concepto de ocupación prescindiendo de los tres requisitos clásicos (*corpus; animus; res nullius*). Este es el concepto de ocupación que propuse (y propongo todavía) a la doctrina en mi tesis doctoral de 1980. Que yo conozca, dicho novedoso concepto de ocupación, en mi opinión no rebatido por nadie convincentemente (no, en particular, por Fernando PANTALEÓN PRIETO, que lo intentó sin especial empeño en 1987), ha sido aceptado por mi maestro, José Luis LACRUZ BERDEJO (1979); por José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (1986 y 2005) y por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2004 y 2008).

unánime, dicha exclusión legal. Si de verdad son aguas que no se renuevan en el acuífero y que se pueden agotar por completo, mayor razón hubiera habido todavía, que en las aguas subterráneas normales o renovables mediante lluvia, para declararlas públicas y proporcionarles la mejor protección que la mayor intervención administrativa representa en teoría. Y lo mismo en cuanto a las competencias administrativas para la protección de la calidad del agua, porque la supuesta no renovabilidad de esas aguas ocultas no será garantía de que no se puedan llegar a contaminar. En rigor, leyendo a los biólogos o geólogos que explican estos posibles acuíferos de aguas fósiles parece claro que el principio legal que se les hubiera debido de aplicar hubiera debido ser el de la prohibición absoluta o casi absoluta de cualquier explotación de sus aguas (38).

Es discutido además que haya en España verdaderamente aguas subterráneas fósiles, o acuíferos de gran antigüedad e incommunicados, que algunos autores relacionan más bien con zonas o países desérticos como el Sahara, Libia o Arabia Saudí (39). El Libro Blanco del Agua de 2000 no ha señalado tales acuíferos en nuestro país. En las dos décadas largas de vigencia de la nueva legislación no parece haber aparecido ninguna jurisprudencia sobre alumbramientos de aguas fósiles e incommunicadas. Si fuera cierto que se puede en rigor hablar en España de unas aguas subterráneas *no renovables* (*no fluyentes*, en la terminología acaso más acertada del Proyecto de ley del Gobierno de febrero de 1985) habría que entender, absurdamente, que se trata de un supuesto de aguas sometidas todavía al sistema privatista de la Ley de 1879 y del Código Civil (aguas *nullius* adquiribles por ocupación o por accesión), cfr. la Disposición Final 1.<sup>a</sup> del TR de Aguas de 2001. O sea, en

---

(38) Explica PÉREZ COBO, José Carlos, que, en general, la mayor profundidad a la que realmente circula el agua de forma activa es de alrededor de un kilómetro. Más abajo no llega la «capa freática» y no suele poder profundizar el agua, por la gran presión a que están sometidas a esa profundidad las rocas, presión que disminuye la porosidad de éstas incluso cuando tal porosidad existe. Explica que hay dos tipos de acuíferos, lo que explica que se ignoraba en el siglo XIX. Unos menos extensos y más superficiales y con un tiempo de renovación de algunos años o décadas. Estos ofrecen básicamente recursos de aguas renovables, formadas por su flujo, no por su reserva. Otro tipo de acuíferos lo son los grandes y profundos como los existentes en Australia, Arabia Saudita o el Sahara, cuyos tiempos de renovación se miden por miles de años (4000 ó 5000, o incluso 20.000 años). Las aguas fósiles del Sahara, por ejemplo, son las que llovió en la era glacial, hace unos 10.000 años. Explica PÉREZ COBO que los problemas de explotación de aguas fósiles son graves en todo caso y similares a los de los recursos mineros o no renovables. Opina que, en general, las alternativas a la explotación de recursos de agua no renovables son escasas y económicamente gravosas, ya que, en definitiva, la explotación de acuíferos hasta su agotamiento implica que el agua consumida en la actualidad la estén pagando o la hayan de pagar, de hecho, las generaciones futuras. Cfr. Voz «Agua», «El agua en la Tierra», «Recursos hídricos», en la Nueva Enciclopedia Universal, Durvan, S. A., 4.<sup>a</sup> ed., vol. 1.<sup>o</sup>, 2005, págs. 208-210.

(39) Cfr. POSTEL, Sandra, *El último oasis. Cómo afrontar la escasez de agua*. Traducción de Marita OSÉS, Apóstrofe Divulgación, Barcelona, 1993, págs. 30-31 y 139-140.

lugar de la conveniente prohibición absoluta o casi absoluta de su explotación que recomendaría la ciencia, un sistema de libérrima y prácticamente incontrolada explotación de esas aguas fósiles. Este es uno de los puntos, por eso, en los que más claramente se percibe la falta de claridad de ideas y de rigor de los autores de la muy deficiente Ley de Aguas de 1985.

Este tratamiento legal diferenciado de las aguas subterráneas *no renovables*, como digo irracional en sí y criticado por casi toda la doctrina, puede además contribuir a oscurecer, por diversas razones técnico jurídicas, una regulación jurídica ya suficientemente difícil y compleja. En mi libro de 1996 he señalado algunas de las razones concretas de este posible oscurecimiento legal (40).

### C) LAS AGUAS MINERALES Y TERMALES

El apartado 4.º del artículo 1.º de la Ley de Aguas de 1985 establecía que «*Las aguas minerales y termales se regularán por su legislación específica*». Estas aguas suelen extraerse de manantiales naturales, o de pozos, o de manantiales reconvertidos en pozos mediante reprofundizaciones u obras en el manantial. El precepto parecía excluir totalmente de la regulación legal de las aguas, a diferencia de lo que sucedía bajo la Ley de Aguas de 1879, y poco razonablemente, a estas aguas también procedentes, como las demás, de los acuíferos. Parecía el precepto dejar la cuestión exclusivamente a la legislación específica sobre esta clase de aguas y a la legislación minera. Por ello, la mayoría de la doctrina, aunque ha habido dudas y polémica, ha entendido limitadamente esa exclusión expresa que formuló la Ley de 1985, y ha aplicado, con razón, en lo relativo a la titularidad y a la protección de dichas aguas, el conjunto de la Ley de Aguas, incluidas sus Disposiciones Transitorias, que mantienen de momento como de propiedad privada, y con fuerte incidencia del Derecho Civil, casi todas estas aguas minerales y termales (41). Esta explicación de la doctrina mayoritaria, aceptada también por la jurisprudencia (42), ha quedado sancionada y robustecida en cierta

(40) Cfr. *Aguas públicas y aguas privadas*, págs. 278 a 282.

(41) Cfr. *Aguas públicas y aguas privadas*, pág. 217 y nota 7. Viene a coincidir sustancialmente con el enfoque que era mayoritario, sobre la cuestión de la titularidad de estas aguas minerales o termales, BARRIOBERO MARTÍNEZ, Ignacio, autor de una monografía sobre la cuestión, donde profundiza en diversos aspectos de interés, como el papel en la materia de las legislaciones autonómicas. Cfr. *El régimen jurídico de las aguas minerales y termales*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2006. Para la cuestión aludida en el texto, cfr. págs. 171 a 218.

(42) Cfr., por ejemplo, en dicho sentido, la sentencia contencioso-administrativa del TS de 9 de junio de 2003 (*RAr.*, núm. 7090, ponente: Jesús Ernesto PECES MORATE), muy elaborada y con valiosa información histórica sobre la evolución normativa relativa a

forma con la nueva versión del artículo 1.º del Texto Refundido de aguas de 2001, tras la reforma realizada por la Ley 62/2003, que ha introducido un nuevo artículo 1-2.º y ha retocado el antiguo precepto, que ha pasado a ser ahora el artículo 1-5.º

Los balnearios y el agua embotellada son negocios en alza y que originan complejos pleitos (43). La ministra Cristina Narbona (PSOE), que lo fue hasta abril de 2008, manejó en 2007 un anteproyecto de ley sobre aguas minerales y termales que preveía la publicación o paso al dominio público hidráulico de todas estas aguas, pero el anteproyecto de ley no se llegó a presentar dentro de los plazos de la legislatura correspondiente.

#### D) SIGNIFICADO DE LA REFORMA LEGAL DE LA LEY 46/1999

La Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de reforma de la Ley de Aguas de 1985, dejó subsistente de modo prácticamente íntegro esa anterior regulación de 1985 sobre las aguas subterráneas, con todos sus graves defectos y carencias y consiguientes incertidumbres. Los autores de la nueva Ley no quisieron o supieron abordar la compleja y decisiva regulación de las Disposiciones Transitorias de la Ley de Aguas de 1985 y de las aguas privadas, en particular, con lo que las cosas respecto de las aguas subterráneas siguieron más o menos como estaban hasta entonces. Con optimismo ingenuo y digno de mejor causa, la Exposición de Motivos de la nueva Ley calificaba como un *nítido marco normativo* el establecido por la muy deficiente Ley de Aguas de 1985. En realidad el sistema diseñado por nuestro poco preparado legislador de 1985 es complejísimo (44).

Resultó en su momento un tanto sorprendente la extrema modestia y falta de ambición de esa reforma legal de 1999, sobre todo sabiendo que bajo la sabia coordinación de Francisco Cabezas Calvo Rubio se había elaborado un *Libro Blanco de las Aguas en España*, documento ciertamente valioso y de costosa elaboración y que abordaba la compleja problemática del agua con amplitud y rigor. El documento estaba terminado en su redacción provisional

---

aguas minero-medicinales. O también la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 5 de mayo de 2004 (*RAr.*, núm. 3470).

(43) Cfr., por ejemplo, las sentencias contencioso-administrativas del TS de 4 de julio de 2000 (*RAr.*, núm. 4788); de 27 de septiembre de 2004 (*RAr.*, núm. 5972); o de 21 de octubre de 2005 (*RAr.*, núm. 7359), en un interesante supuesto esta última en el que un balneario no consiguió que los tribunales hicieran respetar un perímetro de protección de sus aguas acaso excesivamente amplio por extenderse el acuífero a una amplia zona intercomunitaria, situada entre Navarra y La Rioja.

(44) Como ha explicado insistentemente el profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO, el administrativista que mayor esfuerzo ha hecho, en mi opinión, por pensar el conjunto del sistema legal de las aguas sin excluir las decisivas disposiciones transitorias. Cfr. su *Derecho de aguas*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 305 y 102.

en las primeras semanas de 1999 y se anunció su aparición definitiva para marzo, primero, y para abril, después, de ese año. Sin embargo, no apareció entonces esa esperada versión definitiva del *Libro Blanco* y, en cambio, se aprobó esta muy mediocre y alicorta reforma de la vigente Ley de Aguas representada por la Ley 46/1999. Parece que en el interior del Ministerio de Medio Ambiente acabaron prevaleciendo las opiniones de los peor informados (con frecuencia son los que alcanzan más poder político) sobre las de los que saben más y querían trabajar con más lentitud y rigor. Al final, ya publicada la Ley 46/1999, apareció el Libro Blanco del Agua, con fecha del año 2000, en las últimas semanas de ese año o primeras del siguiente.

Da la impresión de que antes de las elecciones generales del 13 de junio de 2000, el Partido Popular se debió dejar convencer por el PSOE sobre la conveniencia del mantenimiento casi íntegro de la desafortunada Ley de Aguas de 1985. En mi libro de 1996 (45) denuncié yo que la clase política española en su conjunto estaba persuadida de las supuestas bondades de la Ley de Aguas de 1985 y la evolución de los acontecimientos pareció darme la razón en esto.

Hay que aludir, no obstante, a algunas de las normas introducidas por esta Ley 46/1999 que sí pueden tener cierta incidencia, al menos indirecta, en el régimen jurídico de las aguas subterráneas. Ante todo, hay que aludir a la acertada idea, contenida en el artículo 53.4 de la Ley (art. 55-4.º TR de 2001), de introducir la obligatoriedad de sistemas de control y medida de los caudales consumidos y de los vertidos realizados. En un apartado de muchos párrafos se introduce esta importante norma, parece que con obligatoriedad para la Administración hidráulica y con obligatoriedad para los particulares sólo cuando la Administración les inste a instalar dichos sistemas de medida y control. El precepto impone esa obligación a los titulares de concesiones administrativas y a quienes *por cualquier otro título tengan derecho al uso privativo de las aguas*. Aunque podía haber sido más claro, parece que el precepto incluye a los propietarios de aguas privadas y a los de pozos de aguas privadas, en particular. Sin embargo, la Disposición Adicional duodécima de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001 parece limitar, poco razonablemente, el alcance del artículo 53-4.º (55-4.º TR) a sólo los concesionarios de aguas públicas, aunque pone plazos al cumplimiento de esta obligación de poner sistemas de medida de consumos y vertidos (cuatro años de plazo), y califica como infracciones graves las relativas a incumplimientos de dicha obligación. Quizá el apartado 4.º de las Disposiciones Transitorias 2.ª y 3.ª pueda ayudar a resolver la señalada contradicción o discrepancia. Véase también el artículo 42-5.º, letra a), y 8.º de la Ley catalana 6/1999, de 12 de julio, de Aguas.

---

(45) Cfr. *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, pág. 749.

Los ecologistas se refieren a la *revolución del contador*, que suelen reclamar, con bastante razón, en sus escritos y manifiestos. Esta norma del artículo 55-4.º TR será difícil de hacer cumplir y conllevará un considerable costo económico, pero creo que podría contribuir a la larga a racionalizar y mejorar la gestión del agua y la seguridad jurídica (46). Y algo parecido podríamos decir del derecho a la información de todas las personas en materia de aguas y medio ambiente, que establece el artículo 13 *bis* de la Ley (art. 15 del TR), con remisión a la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, inspirada a su vez en el Derecho Comunitario europeo (Directiva 90/313/CEE, sobre todo, insistiendo en la idea últimamente el art. 14 de la Directiva marco 2000/60, de 23 de octubre). Véase todavía, en la misma línea, el artículo 33-3.º de la Ley del PHN de 2001.

En el artículo 61 *bis* de la nueva Ley de 46/1999, recogido luego en los artículos 67 a 72 del TR de 2001, se recoge una extensa y sumamente deficiente regulación de lo que suele llamarse el *mercado del agua*, que ha de influir escasamente en el régimen jurídico de las aguas subterráneas. La principal novedad de esa regulación es que abre nuevas vías, aunque bastante restrictivas, para eludir la innovadora y muy discutible idea de la Ley de Aguas de 1985 de vincular las concesiones para riego a la propiedad privada de las fincas destinatarias del riego (art. 59-4.º, y hoy art. 61-4.º del TR de 2001). Contra lo que opina algún autor, creo que es bastante evidente que dicha regulación, que presupone en sus muchos apartados y preceptos que los derechos tienen adscrito el uso del agua a un fin determinado, no será aplicable a las aguas privadas, en las que el goce es libre, ni a las subterráneas privadas, en particular (47). Y aunque se hubiera afirmado que esta regu-

---

(46) DÍAZ MORA, José, informaba en el año 2000 (la publicación se retrasó un par de años) de experiencias muy positivas en la cuenca del Guadiana, donde con el esfuerzo común de usuarios y administraciones se habían instalado ya 4.500 caudalímetros y se tenía la perspectiva de instalar a corto plazo otros 6.000. Cfr. «La clarificación jurídica en los acuíferos sobreexplotados. El caso de La Mancha Occidental». En el libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, 2002, págs. 254-255.

(47) He estudiado extensamente este tema en mi trabajo «La oscura reducción del mercado del agua en la ley 46/1999», en el número 16 de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, junio de 2000, pág. 281 y sigs. Y una versión ampliada y puesta al día (comentando el Decreto 606/2003) de dicho trabajo puede verse en «La oscura y deficiente regulación del llamado mercado del agua», en el libro colectivo en homenaje al profesor AMORÓS GUARDIOLA, Tomo 1.º, Centro de Estudios del Colegio de los Registradores de la Propiedad, Madrid, 2006, págs. 1209 a 1287. En este trabajo he criticado con cierto cuidado las opiniones de Carlos VÁZQUEZ, en un trabajo suyo publicado en 2000 y que había impartido como conferencia en Zaragoza, autor que pareció presentarse como persona próxima a la labor legislativa o incluso como uno de los autores de esta muy defectuosa reforma legal. Conviene advertir que la mayor parte de la doctrina existente sobre este asunto, prescinde de la situación y jurisprudencia anteriores a la Ley de Aguas de 1985, del cuidadoso análisis de ésta, de buena parte de la restante doctrina existente sobre este asunto respecto de la nueva legalidad vigente (Ley 46/1999) y de la legislación

lación sobre el llamado mercado del agua no era aplicable mientras no se desarrollase reglamentariamente (48), creo que ello no era cierto en absoluto, siendo que la transmisibilidad de los derechos patrimoniales, incluidas las concesiones administrativas sobre aguas, era la regla general en nuestro Derecho (art. 63, párrafo 2.º, del TR de 2001 y arts. 609 y 1.255 del Código Civil). Otra cosa hubiera sido que, si alguien se hubiera aventurado a acogerse a esta irrazonable regulación legal, la falta de regulación reglamentaria presumiblemente hubiera incrementado las dudas en la aplicación o ejecución de unos contratos que a todas luces hubieran podido ser jurídicamente válidos. El Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo, ha desarrollado, desde ideas poco claras, esta deficiente y parece que generalmente inaplicada regulación de los artículos 67 a 72 del TR de 2001 (49).

Los retoques y añadidos de la nueva Ley de 1999 a los artículos 89 a 97 de la Ley de Aguas tienden a introducir un régimen más severo de control de los vertidos y de la contaminación de las aguas subterráneas, entre otras, con lo que tendrán también alguna incidencia en el régimen de nuestras aguas subterráneas (cfr. hoy los arts. 92 y sigs. del TR). Aunque aquí la solución a los problemas ha de venir, más que de lo que diga la ley, de los medios de la Administración y de la voluntad política de los gobernantes en cada momento, aparte de la mayor o menor severidad en la jurisprudencia que se vaya produciendo o en los futuros controles de la calidad del buen estado de las aguas realizados por la Unión Europea.

---

hipotecaria, que tiene incidencia considerable en la cuestión. De estos defectos participa, en particular, el trabajo más extenso existente sobre la cuestión, que es el libro de NAVARRO CABALLERO, Teresa María, *Los instrumentos de gestión del dominio público hidráulico. Estudio especial del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas y de los Bancos públicos del agua*, Editum-Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 421 págs.

(48) Cfr., en tal sentido, EMBID IRUJO, Antonio, «Evolución del Derecho y de la política del agua en España», en la obra colectiva dirigida por él mismo, *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Civitas, tomo 1.º, Madrid, 2002, págs. 39 y 42.

(49) El empeño de la Administración en aplicar esta regulación sobre el «mercado del agua», para no dejar mal a sus malos asesores jurídicos autores de la Ley 46/1999, parece explicar que, con los años, hayamos podido llegar a tener noticia de alguna aplicación concreta de dicha regulación legal, a la que no se ve, por cierto, ventajas claras sobre el remedio tradicional de la expropiación de derechos sobre aguas. Se cita por algunos un Acuerdo del Consejo de Ministros, de 15 de octubre de 2004, que autorizó a la Confederación del Júcar a realizar OPAS a través de centros de intercambio de derechos de agua a tal fin constituidos, o una Resolución de 27 de diciembre de 2006 del Presidente de dicha Confederación Hidrográfica anunciando una licitación para un pretendido contrato de adquisición de derechos de uso del agua mediante oferta pública.

E) EL TEXTO REFUNDIDO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1/2001, DE 20 DE JULIO

Este Texto Refundido, que entró en vigor el 25 de julio de 2001, lo elaboró el Gobierno, autorizado para *refundir* y *adaptar* las sucesivas reformas legales habidas en materia de aguas (aparte de las dos comentadas de 1999 y 2001 había habido otras varias de menor entidad), según preceptos de la Ley 46/1999 (Disposición Final segunda) y de la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de reforma de la Declaración de Impacto Ambiental (Disposición Adicional segunda).

El Texto Refundido ha puesto rótulos a los artículos, con lo que no dejará de influir en su interpretación futura, y en cuanto a las muy importantes Disposiciones Transitorias de la Ley de Aguas de 1985, las ha retocado y modificado bastante, introduciendo algunas precisiones útiles, que disiparán incertidumbres en algún caso, y suprimiendo algún párrafo (por ejemplo, el apartado 3.º de la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de Aguas de 1985, o el que era reiterado párrafo 2.º de las Disposiciones Transitorias 2.ª y 3.ª, que excluía expresamente cualquier obligación compensatoria de la Administración a los propietarios de aguas que ejercitasen su alternativa u opción legal), y dando nueva redacción a otros párrafos con intención de respetar los textos de 1985, pero procurando aligerar la farragosidad y la mala redacción de los preceptos originarios. Una precisión útil que ha añadido el TR es la de fijar el inicio del cómputo del plazo de cincuenta años de protección que las Disposiciones Transitorias 2.ª y 3.ª ofrecen a los dueños de aguas que se inscribieran en el Registro de Aguas en la concreta fecha del 1 de enero de 1986. En la versión legal de 1985 esto no quedaba claro y más bien parecía que el plazo de cincuenta años habría de empezar a contarse desde que se lograra la concreta inscripción del derecho de propiedad privada sobre el agua en el Registro de Aguas.

Aunque en las supresiones y hasta modificaciones mencionadas quizá se ha sobrepasado algo el estricto encargo de *adaptar* las reformas legales anteriores, y aunque el artículo 83, letra b,) de la Constitución hace especialmente vidioso que los cambios introducidos por el Texto Refundido se hayan ido a centrar precisamente en las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas, es sumamente improbable que se discuta el nuevo texto ante el Tribunal Constitucional, único Tribunal legitimado, según la buena doctrina, para poder anular parcialmente, en su caso, dicho Texto Refundido, dado su rango legal.

La propia Disposición Derogatoria del Texto Refundido de aguas ha derogado la Ley de Aguas de 1985 y, con ella, la Disposición Derogatoria de ésta, muy deficiente, lo que supone una cierta mejora, como explicaré posteriormente, aunque no se ha recuperado la vigencia, en lo no contradictorio con la legalidad actual, de la vieja Ley de Aguas de 1879, lo que hubiera sido

una bendición para nuestro modesto sistema legal sobre las aguas, lleno de carencias, errores y oscuridades.

En otro sentido, como en la Ley de Aguas de 1985 había dos normas diversas e incompatibles que delimitaban el ámbito de aplicación del Código Civil, de las que una, la Disposición Derogatoria, apartado 1.º, párrafo 3.º, de la Ley, era más reductora (aunque más técnica y lógica) y la otra, la de la Disposición Final 1.ª de la Ley, más expansiva respecto del ámbito de aplicabilidad del Código, y el Texto Refundido sólo ha mantenido esta segunda, suprimiendo la primera, el resultado es que se habrán favorecido para adelante interpretaciones con mayor incidencia del Código Civil y, por tanto, con un tendencial robustecimiento de la idea de la propiedad privada del agua, y de la propiedad privada de las aguas subterráneas, más en particular. En adelante, el Código Civil se afirma que será aplicable nada menos que en todo lo no *expresamente* regulado en la legislación específica de aguas. Esta norma de significado objetivamente muy liberal contrasta estridentemente con la norma dictada casi a la vez por el mismo Gobierno del PP y contenida en la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 10/2001 del Plan Hidrológico Nacional, norma, como veremos, cuasiconfiscatoria de muchas aguas privadas y de la que bien podría decirse que se inspira, paradójicamente, y aunque ignorándolo sus autores, en un marxismo radical.

En las Disposiciones Adicionales del TR, el Gobierno ha incluido una discutible mezcla de algunas de las originarias de la Ley de 1985, junto con otras disposiciones de algunas de las leyes reformadoras de ésta, y haciendo modificaciones en la numeración de los mencionados preceptos.

#### F) LA LEY 10/2001, DE 5 DE JULIO, DEL PLAN HIDROLÓGICO NACIONAL. REMISIÓN

Escaso interés para nuestro propósito tienen también algunas normas de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de julio de 2001, Ley 10/2001, de 5 de julio, que teóricamente podrían llegar a tener alguna incidencia sobre el régimen jurídico de las aguas subterráneas, pero que se inscriben en una línea burocrática y de declaración de vagas intenciones de las que ya estaba más que sobrada nuestra deficiente normativa sobre aguas. La Ley 10/2001 entró en vigor el 27 de julio de 2001, dos días después que el Texto Refundido de aguas contenido en el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, en vigor éste desde el 25 de julio de 2001.

Por ejemplo, el artículo 26 reitera el carácter preferente de los caudales ecológicos sobre otros usos del agua, en términos muy similares a los que dejó fijados la Ley 46/1999 (nuevo art. 59-7.º del TR de 2001), aunque con alguna otra previsión de interés (el apartado 3.º de dicho art. 26, con criterios

sobre cuándo habrá que indemnizar a los titulares de concesiones a quienes se deban limitar sus derechos por esta causa).

Por otra parte, aun existiendo ya unos planes hidrológicos de cuenca, la Ley del PHN de 2001 se refiere innecesaria, o incluso absurdamente, a nuevos planes ahora competencia del Ministerio de Medio Ambiente (los planes hidrológicos de cuenca son jerárquicamente superiores, en tanto que aprobados por Decreto) para prever las sequías (art. 27); o para perseguir el aprovechamiento *sostenible* de las aguas subterráneas mediante unos «Planes de Acción» o «Planes de Explotación» (art. 29), que parecen no limitarse ya a los acuíferos declarados sobreexplotados, con lo que su significado resulta de lo más oscuro (véanse también el art. 17, apartado 1, letra d, y apartado 6); ordenándose también a los Organismos de cuenca que se fomente la constitución de comunidades de usuarios (art. 29-2.º), lo que no parece añadir gran cosa al artículo 79 de la Ley de Aguas, ya retocado también por la Ley 46/1999 (art. 87 TR). Otro precepto encarga también al Ministerio de Medio Ambiente la realización de estudios y la protección de los humedales (art. 31), ya a estas alturas en gran parte esquilados por la sobreexplotación de acuíferos, y siendo éste también tema ya regulado en la Ley de Aguas de 1985 y reformado en la Ley 46/1999 (cfr. art. 103, y su apartado 4.º, en particular, y art. 111 TR).

En la misma línea, aunque ahora encargando el cometido al Gobierno, mediante Real Decreto, se previó, en la Disposición Adicional 4.ª de la Ley del PHN de 2001, la elaboración en el plazo de un año de un Plan Especial para el Alto Guadiana, una de las zonas más castigadas por la sobreexplotación de acuíferos (el famoso Acuífero 23). Parece que este Plan existe ya, aunque ignoro si culminado o en ejecución. Lo que la ministra Cristina Narbona, del PSOE, impulsó, como luego veremos, es el Decreto-ley 9/2006, de 15 de septiembre, con medidas urgentes y coyunturales para intentar paliar la sequía en la cuenca del Guadiana.

El artículo 33 de la Ley del PHN de 2001 encarga al Ministerio de Medio Ambiente la elaboración y el cuidado de una red básica oficial de datos hidrológicos, y le ordena que mantenga un *registro oficial* de datos hidrológicos, que incluirá, al menos, los caudales en ríos y *conducciones principales* (aquí parece que caben los acueductos de los trasvases intercuenas), la *piezometría en los acuíferos*, el estado de las existencias embalsadas, y la *calidad de las aguas continentales*. De modo que estos grandes datos se quieren llevar a una especie de Registro especial y centralizado en Madrid, y sin preverse coordinación ninguna, de momento, con los Registros de Aguas de las Confederaciones Hidrográficas. Por otra parte, la obtención de los datos sobre *calidad de las aguas continentales* es un objetivo amplísimo y de gran complejidad, y que coincide sustancialmente con los objetivos centrales de la Directiva marco 2000/60, de 23 de octubre, ya traspuesta a nuestro Derecho,

según explico a continuación. Y el Decreto 1327/1995 estableció, en su artículo 7, un Registro de desaladoras, que todavía no ha empezado a funcionar. Y en los años ochenta y noventa, como vimos que reconoce el Libro Blanco del Agua, la Administración abandonó lamentablemente las redes de toma de datos de aguas subterráneas. Y las previsiones sobre los antiguos Registros de Aprovechamientos de Aguas Públicas de la Disposición Transitoria 7.<sup>a</sup> de la Ley de Aguas de 1985 no se han cumplido todavía. Todo ello, junto a la muy deficiente regulación de los Registros de Aguas, y a su total falta de coordinación con el Registro de la Propiedad, viene a confirmar el acierto de la crítica que vengo formulando en muchos de mis anteriores trabajos a nuestra legislación de aguas, de que este aspecto decisivo para la seguridad jurídica de la registración o registro de datos y de derechos subjetivos sobre el agua es una de las tareas pendientes y más urgentes que tiene nuestro legislador si se quiere sacar a nuestra legislación de aguas del estadio primitivo y caótico y de imprecisión en el que actualmente se encuentra. Cuanto más legisla sobre este aspecto básico nuestro poco preparado legislador, más oscura, embrollada e insuficiente resulta nuestra legislación de aguas. Se echa en falta muy especialmente aquí, de forma acuciante, la intervención en la tarea legislativa de civilistas e hipotecaristas serios.

Ya me he referido anteriormente a la Disposición Adicional duodécima de esta Ley del PHN de 2001, reiterando el artículo 53-4.º de la Ley de Aguas (art. 55-4.º TR), sobre sistemas de medición de consumos y vertidos, y a la discrepancia o diferencia entre ambos preceptos. El artículo 24 de esta nueva Ley de 2001 se limita a reiterar en su apartado 1.º el artículo 51.3 de la Ley de Aguas de 1985 (art. 53-3.º TR).

A la muy importante Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional, que afecta gravemente a muchos derechos de propiedad privada sobre aguas subterráneas de pozos, me refiero al tratar posteriormente, y en un subepígrafe específico, el régimen jurídico de las aguas subterráneas privadas.

G) LA REFORMA REGLAMENTARIA DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO POR EL DECRETO 606/2003, DE 23 DE MAYO

Este Decreto 606/2003, de 23 de mayo, dictado y publicado en la etapa de Gobierno del Partido Popular, ha venido a realizar una reforma parcial del extenso Reglamento del Dominio Público Hidráulico contenido en el Decreto 849/1986, de 11 de abril, ya se ve que dictado por el PSOE pocos meses después de entrar en vigor la Ley de Aguas de 1985. Este extenso y farragoso Reglamento de 1986, muy minucioso a veces en los extremos burocráticos de la regulación pero dictado desde ideas jurídicas poco claras, tiene técnica jurídica sumamen-

te modesta, como se ve, en particular, en que se olvida completamente de las aguas privadas, que tienen una presencia e importancia muy considerables en el país. La Exposición de Motivos del Reglamento de 1986 consideraba ingenuamente que las disposiciones transitorias de la Ley de 1985 eran suficientemente precisas y, por eso, los autores del Reglamento se permitieron olvidarse por completo, y algo frívolamente, de las aguas privadas.

El nuevo Decreto 606/2003 continúa esta misma senda de olvido casi completo de las aguas privadas y de los cauces privados (que también es defendible que los haya) y además anuncia en su Preámbulo que va a hacer una reforma reglamentaria sólo sobre algunas cuestiones concretas, reconociendo que se aplaza de momento la completa revisión de la normativa reglamentaria sobre aguas, entre otras razones, explica, porque todavía estaba pendiente entonces la transposición de la Directiva Marco Europea sobre el Agua de 2000 al Derecho español de rango legal. Es muchísimo, por tanto, lo que, regulado en el Reglamento de 1986, continúa vigente conforme a su versión originaria.

Ni siquiera modificó, por ejemplo, el Decreto 606/2003 el originario artículo 333 del Reglamento de 1986 que permitía sólo, al menos según su letra, la penetración en fincas privadas a los funcionarios de la Administración hidráulica en relación con bienes y aguas de dominio público hidráulico, con olvido de las aguas y cauces y lechos de dominio privado, que eran acaso los supuestos más necesitados de control por los guardias fluviales (pozos de propiedad privada, por ejemplo, sobre los que la Administración podía carecer de toda información y hasta del conocimiento de su existencia). Esta importante y defectuosa norma de 1986 parece haber estado vigente casi veinte años, hasta la Ley 11/2005, de 22 de junio, de modificación del Plan Hidrológico Nacional, que ha dado nueva redacción al artículo 94, apartado 3.º, letra a) del Texto Refundido de aguas, sobre policía de aguas, y que permite por fin entrar a los funcionarios en todos los lugares sujetos a inspección, sin más distinciones, y con respeto, únicamente, a la inviolabilidad de domicilio. Tengo la impresión, con todo, de que los guardias fluviales han entrado libremente en las fincas a controlar las aguas privadas incluso bajo la vigencia del alicorto y deficiente artículo 333 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, que todavía se mantiene formalmente vigente en el texto de dicho Reglamento.

La reforma del Decreto 606/2003 no se preocupó demasiado de las aguas subterráneas. Algunas modificaciones sobre el régimen jurídico de las aguas subterráneas sí que ha introducido el Decreto 606/2003. Hagamos algunas breves alusiones a las mismas.

El Decreto de 2003 ha realizado algunos retoques de modesto alcance en el extenso artículo 171 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986, regulador de la sobreexplotación de acuíferos, y precepto que examino

en un epígrafe posterior. Además, la Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> del Decreto 606/2003 estableció que en los acuíferos que, a la entrada en vigor del mismo, contasen con una declaración provisional de sobreexplotación o de riesgo de estarlo, el Organismo de cuenca debería aprobar en el plazo máximo de dos años un plan de ordenación de los recursos como el que regula este artículo 171 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico.

El Decreto de 2003 ha realizado una regulación mucho más extensa y minuciosa de las autorizaciones administrativas de vertidos en aguas subterráneas, en sus artículos 257 a 259, que reforman los originarios artículos 257 a 259 del Reglamento de 1986. Se amplían, por ejemplo, la regulación del estudio hidrológico previo o la del condicionado de las autorizaciones de vertido en aguas subterráneas. O en el nuevo artículo 257-5.º se someten a autorización administrativa previa, las recargas artificiales de acuíferos, que es una técnica todavía en fase de experimentación y con unos resultados todavía por ahora bastante problemáticos. El artículo 259-3.º del Reglamento contempla ahora por primera vez el importante problema de que la autorización de vertidos en aguas subterráneas afecte o pueda afectar a aguas subterráneas transfronterizas.

El Decreto de 2003 ha dado también nueva y más amplia redacción a la regulación originaria sobre el Registro de Aguas y el Catálogo de Aguas Privadas (arts. 189 a 197), lo que afecta a las aguas subterráneas. La nueva redacción de esta normativa hace una descripción más amplia de los derechos sobre aguas públicas inmatriculables en el Registro de Aguas y saca de entre lo allí inscribible o inmatriculable, con buen criterio, las autorizaciones administrativas relativas al dominio público hidráulico. Una autorización administrativa para investigar aguas subterráneas no parece necesario que se inscriba en el Registro de Aguas, como acaso exigían los originarios artículos 189-2.º y 191-1.º (aunque el primero de ellos aludía a «autorizaciones especiales», que podía entenderse que fueran sólo las del art. 57-5.º de la Ley de Aguas, hoy art. 59-5.º del TR de 2001, lo que sí podía tener sentido). Por otra parte, las autorizaciones administrativas de vertidos en aguas subterráneas o superficiales tienen ya su propio Censo de vertidos regulado en el artículo 254 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico (art. 255 en la versión originaria de 1986), con una remisión parcial a lo regulado en el Registro de Aguas.

El Decreto 606/2003 ha ampliado un poco una modesta regulación sobre reglas formales relativas al Registro de Aguas, reglas formales que imitan vagamente las del Registro de la Propiedad pero se ve que sin entenderlas del todo. Pero en cuanto a la cuestión clave de los efectos de la inscripción de los derechos subjetivos en el Registro de Aguas, como no podía por menos de ocurrir, dado el rango reglamentario de esta reforma, la situación ha quedado igual que antes, resultando que el único y modestísimo efecto que tiene

la inscripción del derecho subjetivo en el Registro de Aguas o en el Catálogo de Aguas Privadas es el de ser medio de prueba del derecho, además de la llamada y muy problemática *protección administrativa* que proporcionaría a sus titulares registrales el Registro de Aguas, según el artículo 80-3.º del Texto Refundido de aguas de 2001. Vuelvo en un epígrafe posterior sobre esta llamada *protección administrativa*.

Otra reciente reforma del Reglamento de 1986 es la realizada por el Decreto 1620/2007, de 7 de diciembre, sobre régimen jurídico de la reutilización de aguas depuradas, regulación bastante burocrática o tecnocrática y pensada exclusivamente para aguas públicas, y que podrá tener alguna relevancia también para las públicas subterráneas, sobre todo en el caso de las destinadas al abastecimiento de poblaciones. No tiene relevancia directa para el régimen jurídico de las aguas subterráneas la nueva reforma del Reglamento del Dominio Público Hidráulico realizada por el Decreto 9/2008, de 11 de enero, que ha reformado, con vistas a paliar los daños producidos por las inundaciones, la regulación de los cauces públicos y sus zonas de policía, y que ha incorporado un nuevo título al Reglamento de 1986 relativo a la seguridad de presas, embalses o balsas.

H) LA LEY 62/2003, DE 30 DE DICIEMBRE, DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO EUROPEA DE 2000

La Directiva Marco europea de 2000 ha sido transpuesta al Derecho español por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (Ley de las llamadas «de acompañamiento» de los Presupuestos para el año 2004). Esta Ley 62/2003 ha introducido una veintena de modificaciones o añadidos al articulado del vigente Texto Refundido 1/2001 de aguas, que no suponen en conjunto grandes modificaciones en esta norma estatal sobre las aguas. Se incorporan los «objetivos de protección y medioambientales» a conseguir en cuanto a la calidad de las aguas, así como los plazos y prórrogas para conseguir esos objetivos (arts. 92, 92 bis, 92 ter y 92 quáter, y Disposición Adicional undécima del TR); se extienden los planes hidrológicos a la «demarcación hidrográfica» nueva que se crea, para extenderlos a las llamadas «aguas costeras y de transición»; se crea un «Comité de Autoridades Competentes» para articular la Administración hidráulica con la Administración competente en costas y zona marítimo terrestre; se acogen, a ciertos efectos, una serie de definiciones establecidas en la Directiva Marco y se introducen retoques terminológicos o de contenido en diversos preceptos; y se introduce el principio de recuperación de costes de los servicios hidráulicos en beneficio de la Administración hidráulica (art. 111 bis). Todos estos nuevos contenidos normativos, que recogen

con razonable fidelidad los de la Directiva Marco europea, están ya en vigor en España desde el 1 de enero de 2004 (Disposición Adicional decimonovena de la Ley 62/2003).

Alguna incidencia sobre las aguas subterráneas, sobre todo en las públicas, podrán tener los planes hidrológicos de cuenca, genéricamente aprobados por el Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio, y de los que sus «determinaciones normativas» han ido apareciendo publicadas en diversas, y muy modestas por su contenido, órdenes ministeriales a lo largo del verano de 1999 (50). Como se acaba de indicar, los planes hidrológicos de cuenca van a tener que reformarse y adaptarse a lo previsto en la Ley 62/2003, que ha transpuesto al Derecho español la Directiva Marco europea de 2000, norma que vuelve a enfatizar, por cierto, la importancia de la gestión de los ríos por cuencas y a revitalizar un tanto la mortecina trayectoria de estos planes de cuenca. La Ley 62/2003 va a modificar un tanto el sentido de los planes de cuenca que serán menos en el futuro, débiles intentos de cristalización de criterios para racionalizar la distribución cuantitativa del recurso agua y más vehículo para facilitar los controles por la Unión Europea de los exámenes periódicos que ésta realizará sobre los esfuerzos de nuestra Administración hidráulica por perseguir la consecución de los objetivos de protección ambiental del agua que ha fijado la Directiva Marco. Por lo demás, aunque ésta no mencione los planes hidrológicos nacionales, no cabe deducir de ello que aspire a prohibirlos. No se olvide tampoco que las posibles intervenciones o medidas que pueda adoptar la Unión Europea serán necesariamente subsidiarias de las que los Estados miembros adopten dentro de sus competencias.

Aunque la planificación hidrológica goza en nuestro país de buena prensa y suscitó en los años siguientes a 1985 gran entusiasmo entre algunos jóvenes juristas inexpertos y poco conocedores de la jurisprudencia en la materia y de la crudeza de los conflictos sociales y jurídicos suscitados en la disputa por el agua, la verdad es que hoy por hoy, como en cierto modo ha venido a recono-

---

(50) En el verano de 1998 el Gobierno del PP se decidió a promulgar un peculiar Decreto de 15.000 folios (con el conjunto de la prolija información de todos los planes de cuenca), sin carácter normativo e impublicable por su misma extensión en el BOE y del que se pensó publicar resúmenes. Sin cobertura financiera ni priorización de las muchas obras hidráulicas que relacionaba, no comprometía jurídicamente a nada al Gobierno. Anunciaba un incremento de los regadíos enorme, económicamente irrazonable y casi imposible de realizar, y resultaba una actuación gubernamental poco seria, lo que provocó justas críticas de la Ministra de Agricultura Loyola DE PALACIOS a la Ministra de Medio Ambiente Isabel TOCINO y tensiones en el Gobierno del PP. Mientras según los planes de cuenca había previsiones para 1.200.000 hectáreas de nuevos regadíos, la Ministra de Agricultura proponía reducir esa cifra a unas 230.000 hectáreas de nuevos regadíos. Véase sobre el conflicto, el reportaje del diario «El País» de 1 de abril de 1998, o la explicación al respecto de Javier MARTÍNEZ GIL en «Nudos gordianos de las políticas del agua en España», en el libro colectivo *El agua a debate desde la Universidad. Hacia una nueva cultura del agua*, Institución Fernando el Católico, 1999, págs. 114 a 117 y 122-123.

cer el Libro Blanco del Agua de 2000 (51), la Administración hidráulica no tiene, ni con mucho, pese a las ventajas que proporciona la informática, los medios técnicos ni humanos ni los datos sobre el agua que necesitaría para llevar adelante una planificación hidrológica seria y eficaz y, en particular, para controlar los consumos de agua y las actividades contaminantes dentro de las fincas privadas. Recuérdese, en particular, lo que se acaba de explicar sobre las aguas subterráneas. Todo esto es, en esencia, lo que ya desde el principio había advertido la doctrina jurídica más seria, informada e independiente. Muy autoritadamente se ha dicho (52) que este tema de la planificación hidrológica ha sido tratado por algunos con «ampulosidad», o que se ha dado en dicho trato mucho de «exaltación mítica» o de «ilusión tecnocrática».

Personalmente, he defendido siempre que el gran reto no sólo inmediato e ineludible, sino también más importante en cuanto al fondo de los problemas de la gestión del agua en nuestro país, que al fin y al cabo se va a realizar en una geografía de clima árido e inestable y en una sociedad capitalista sin planificación económica e integrada en un mundo globalizado e inseguro, es el del establecimiento de unas redes de datos efectivas y fiables sobre cuantía de los consumos y sobre calidad de las aguas, redes de datos que facilitarían, en cada momento, la correcta toma de decisiones de nuestra Administración hidráulica. Necesita ésta, más que planes rígidos, buena información sobre la variable realidad hidrológica y económica. Los grandes retos de la lucha contra la contaminación del agua y contra la sobreexplotación de los ríos y acuíferos no necesitan tanto planes, que ya los tenemos y cuya modestísima influencia ya se está empezando a demostrar, como una Administración hi-

---

(51) Se afirma en el mismo (LBA, pág. 337) que la mayoría de los cambios aparentemente radicales de la Ley de Aguas de 1985, y la planificación hidrológica entre ellos, «no han tenido aplicación práctica ni incidencia real alguna», y se da cumplida cuenta, haciendo oportuna comparación con otros países europeos que las necesitarían menos en teoría, de las enormes carencias que tenemos en las redes de toma de datos españolas sobre consumos y sobre estado de calidad de las aguas (págs. 96 a 100 y 203 a 205, sobre todo). Sobre las inmensas deficiencias y carencias del Registro de Aguas: págs. 347 y 614. El diario «El País», que se pasó muchos años elogiando en editoriales y artículos (sin conseguir firmas para ello de juristas destacados ni opiniones de calidad) la planificación hidrológica, terminó reconociendo en un artículo de una página completa, y con grandes titulares, que la Administración hidráulica desconocía la ubicación, propiedad, uso y consumo de unos 400.000 aprovechamientos de agua. Recogía el testimonio de Carlos ESCARTÍN, entonces Director General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas, quien explicaba cómo la Administración había comprobado la expansión incesante del regadío mediante fotografías obtenidas desde satélite y cómo ello sucedía a la vez que la «inexplicable» desaparición de cauces de ríos. Véase el diario «El País» del domingo 9 de mayo de 1999. En enero de 2005 la ministra de Medio Ambiente, Cristina NARBONA ha vuelto a declarar que aún no se sabe «quién usa el agua», ni «para qué», ni «cuánta». Véase el Heraldo de Aragón del (último) 25 de enero.

(52) Cfr. Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Derecho de aguas*, 1997, págs. 306 y 273 a 276.

dráulica bien dotada e informada, que no la tenemos todavía. Es cierto que se requiere una cierta visión de conjunto o gestión integrada del agua, pero eso lo proporciona más la buena información que la existencia de planes rígidos proyectados hacia plazos largos. La Directiva Marco es rotunda en la exigencia de las redes de datos, que afirma vendrán a ser «sólida base» para las medidas que se hayan de tomar (Considerando 36 y art. 8). Tras dos décadas de vigencia de la Ley de Aguas de 1985, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre planificación hidrológica es casi inexistente y las pocas alusiones al tema que se encuentran en ella son para afirmar que la inexistencia de plan hidrológico de cuenca no impide la aplicación de los criterios habituales. La primera sentencia del Tribunal Supremo que ha profundizado algo en el tema de la planificación, que es la de 20 de octubre de 2004, ha anulado parte de la Orden Ministerial de 13 de agosto de 1999, que contiene el Plan de la Cuenca del Júcar y parte del Decreto 1664/1998, que es el que aprobó el conjunto de los planes hidrológicos de cuenca.

Tampoco debe dejar de mencionarse que a las aguas privadas, puesto que están íntimamente mezcladas en la Naturaleza con las aguas públicas y pertenecen con ellas al ciclo hidrológico único, les alcanza de modo sustancial o tendencialmente pleno la normativa estatal y comunitaria de protección de la calidad de las aguas. Creo que no les alcanza la misma, con todo, de modo pleno y absoluto, aunque el legislador parezca ser poco consciente de ello, puesto que nunca menciona las aguas privadas en la normativa de protección de la calidad del agua. Pero compárense, por ejemplo, para mejor entender lo que aquí se afirma, una laguna o un pequeño pozo de propiedad privada, acaso con vinculación nula o insignificante con el ciclo hidrológico, y una laguna o un pozo de aguas públicas. En realidad, todo el Derecho comunitario europeo de aguas ignora, acaso por necesidad, no sólo las aguas privadas, sino lo más sustancial de la tradición jurídica romana sobre las aguas y todas las clases de derechos subjetivos sobre las mismas (en particular, también las concesiones administrativas) con los que se trenza y se organiza el conjunto del aprovechamiento del agua en las sociedades liberales y capitalistas en las que el Derecho comunitario tiene que ser aplicado. Esta técnica jurídica, en este sentido tan burocrática y tosca, del Derecho comunitario, requerirá del intérprete, tras la transposición a los Derechos estatales, un amplio margen de flexibilidad interpretativa para discurrir, al resolver los problemas reales, sobre los límites de las diversas clases de derechos subjetivos en presencia.

En la normativa comunitaria destaca la importancia de la ya mencionada Directiva Marco 2000/60, de 23 de octubre, que ha pretendido refundir y reordenar normativa comunitaria anterior, bastante confusa y deficiente, de las dos últimas décadas. Esta Directiva, que señala unos objetivos de calidad del agua bastante ambiciosos, y los plazos para alcanzarlos, y que obliga a hacer planes de cuenca cada seis años, ha sido transpuesta, como se ha indi-

cado, a nuestro Derecho por la Ley 62/2003, y tendrá que ser aplicada por nuestra, por ahora, bastante modesta Administración hidráulica (53). En las tres últimas décadas sí que se ha conseguido que la mayor parte de las ciudades grandes y medianas de nuestro país cuenten ya con estaciones depuradoras de sus aguas residuales, aunque estemos ante un proceso inacabado.

En un trabajo sobre el régimen jurídico de las aguas subterráneas como el presente, hay que plantear en qué medida la nueva Ley 62/2003, que transpone preceptos comunitarios europeos de jerarquía superior al Derecho interno, puede haber modificado el concepto tradicional de aguas subterráneas, concepto no formulado pero claramente presupuesto siempre por el legislador, que las venía entendiendo como las aguas de procedencia subterránea y alumbradas artificialmente por el hombre. No se contraponían a las aguas continentales superficiales, sino que, tras el alumbramiento, pasaban a ser aguas superficiales, aunque evidentemente que con un tramo de su corriente oculto o subterráneo. Pero el objeto de los derechos subjetivos era la completa corriente de agua con un «tramo» oculto (un «cono» de deyección, normalmente, explican los hidrogeólogos) y con otro tramo superficial, que precisamente es el que era susceptible de aprovechamiento.

El nuevo artículo 40 bis del Texto Refundido de Aguas de 2001, introducido por la Ley 62/2003, entre otras definiciones legales, contiene las de «aguas subterráneas», «acuífero», «aguas superficiales», y «masa de agua subterránea», definiciones que se dictan *a los efectos de la planificación hidrológica y de la protección de las aguas objeto de esta Ley*. Aguas subterráneas serían *todas las aguas que se encuentran bajo la superficie en la zona de saturación y en contacto directo con el suelo o el subsuelo*. La *zona de saturación* no se define legalmente. La «masa de agua subterránea» se define como *un volumen claramente diferenciado de aguas subterráneas en un acuífero o acuíferos*. Y las «aguas superficiales» se definen como *las aguas continentales, excepto las aguas subterráneas; las aguas de transición y las aguas costeras, y, en lo que se refiere al estado químico, también las aguas territoriales*. Por tanto, al menos a los efectos de la planificación hidrológica y de la protección de la calidad

---

(53) Entre las Directivas europeas anteriores habría que mencionar, al menos, la Directiva 91/271/CEE, que dio lugar a la aprobación por nuestro Gobierno, el 17 de febrero de 1995, del documento administrativo, y no normativo, denominado Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales; y la Directiva 96/61/CE, de 24 de septiembre de 1996, transpuesta por la Ley española estatal 16/2002, de 1 de julio, de prevención integrada de la contaminación, y que ha creado la llamada «autorización ambiental integrada». Más recientemente, la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, que es aplicable a la planificación hidrológica, ha transpuesto también la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001. Debe mencionarse también finalmente, aunque ésta no ha sido transpuesta todavía al Derecho español, la Directiva 2006/118/CE, de 12 de diciembre, de protección de las aguas subterráneas contra la contaminación.

de las aguas, la noción de *aguas subterráneas*, con una visión muy estática del problema, parecería circunscribirse a aguas que se encuentren bajo la superficie y en uno o varios acuíferos, pero sólo mientras se encuentren así y allí, dejando de ser subterráneas las alumbradas y extraídas, que pasarían a considerarse «superficiales». ¿Cabe sostener que este es, en general, el nuevo concepto de «aguas subterráneas» del Derecho español?

El interrogante es de mucho calado, porque la respuesta afirmativa supondría una rectificación dogmática muy considerable del muy acertado y lúcido sistema legal vigente desde las Leyes de aguas de 1866 y 1879, sistema legal original y diverso respecto de la tradición romana y respecto del de otros países, en su idea de distinguir nuestro legislador nítidamente el régimen jurídico de los pozos (ocupación) del de los manantiales naturales (accesión o idea parecida), y aquella posible respuesta afirmativa podría acaso tener efectos en cuestiones y problemas muy diversos y difíciles de precisar con antelación.

En mi opinión, hay que sostener al menos que el concepto general de aguas subterráneas, en tanto que objeto de derechos subjetivos y para toda la problemática de su alcance cuantitativo y de los conflictos por la distribución cuantitativa del agua, conflictos que son muy importantes en la práctica en España y mucho más importantes que en los países en los que se ha gestado principalmente la Directiva Marco europea, sigue siendo el concepto tradicional que permite calificar como aguas subterráneas a las subterráneas ya alumbradas y que permite, a la inversa, calificar también como alumbradas a las aguas subterráneas del tramo oculto de la corriente de aguas que todavía no ha salido a la luz. Ese es el concepto que presuponen multitud de preceptos legales del conjunto de la legislación de aguas, incluidas las muy importantes y no modificadas legalmente disposiciones transitorias del Texto Refundido de aguas, y ese es el concepto más ajustado a la naturaleza de las cosas. Habría que invocar para ello el concepto o elemento sistemático de interpretación de las leyes. Una corriente de agua procedente de un pozo se mide por unidades de volúmenes de agua por unidad de tiempo, y sería absurdo a muchos efectos, y contrario a la *ratio* y a la historia de muchos preceptos legales, pretender seccionar esa corriente de agua, prescindiendo de la perspectiva dinámica, en dos partes pretendidamente diferentes y sometidas a dos regímenes jurídicos diversos. Ello iría contra la realidad del agua en la Naturaleza, contra la naturaleza de las cosas.

Responder al interrogante planteado en cuanto a los exclusivos efectos de la protección de la calidad de las aguas (o de la planificación hidrológica organizada con esa finalidad) ofrece mayor dificultad, aparte de por lo tajante de las definiciones legales recordadas del artículo 40 bis del TR de 2001, porque sí que la naturaleza de las cosas muestra innegables diferencias en las posibilidades de tratamiento o de protección de la calidad del agua, según esté

la misma bajo tierra o esté ya en la superficie del suelo. A estos efectos, puede tener algo más de sentido distinguir entre el tramo externo y el tramo oculto todavía de una misma corriente de aguas subterráneas. Y el tramo oculto sólo se forma normalmente cuando funciona la bomba del motor de extracción, estando antes de eso las aguas de ese tramo mezcladas con las otras aguas del acuífero y en situación estática o casi estática, con flujos mucho más lentos que los que el agua alumbrada alcanza sobre la superficie de los terrenos. Aun así, si el agua está muy contaminada en el acuífero, muy contaminada seguirá, en principio, cuando se alumbre y fluya por la superficie, por lo que parece que la cuestión general planteada debería prudentemente remitirse a la concreta casuística que pueda plantearse en la práctica que resulta casi inabordable con antelación en su posible complejidad. En algunos casos convendrá probablemente restringir el concepto legal de aguas subterráneas del artículo 40 bis, letra c), a sólo las aguas subterráneas estáticamente contempladas o no extraídas del acuífero o no alumbradas aún. Quizás debería proponerse para ciertas situaciones una reducción teleológica de la norma. Considérese, además, que aunque la Directiva Marco europea de 2000 es de rango superior al Derecho interno, al ser la Ley 62/2003, que la ha transpuesto, irretroactiva, no puede extenderse su ámbito a todo el conjunto de la regulación legal anterior sobre las aguas subterráneas, por lo que esta última regulación legal y los nuevos criterios legales procedentes de la Directiva Marco deben intentar armonizarse y delimitarse con sus ámbitos respectivos.

El concepto legal de «aguas subterráneas» del artículo 40 bis, letra c), del Texto Refundido de aguas de 2001 creo, por eso, que debe verse como un concepto más bien excepcional y de aplicación que merecería ser prudente y delicada y circunscrita sólo al tratar cuestiones relativas a la protección de la calidad del agua.

**D) LA APROBACIÓN DE UN NUEVO REGLAMENTO DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA POR EL DECRETO 907/2007, DE 6 DE JULIO**

Como explica la Exposición de Motivos de este Decreto 907/2007, su contenido afecta sólo a la planificación hidrológica y no se desarrolla lo relativo a la Administración Pública del agua. Se trata, por tanto, de una reforma reglamentaria parcial, aunque su Disposición Final primera advierte de que gran número de sus preceptos, que enumera, tienen carácter básico. Entre los años 1999 y 2003 se fueron publicando todos los planes hidrológicos de cuenca y, en el momento de dictarse este Decreto de 2007, ya se estaba procediendo a redactar unos nuevos planes de cuenca.

El Reglamento de la Planificación Hidrológica, que se presenta como nuevo y no como mera reforma del Reglamento dictado por el Decreto 927/

1988, de 29 de julio, incorpora lógicamente toda la regulación sobre planificación de la Directiva Marco europea de 2000, ya transpuesta a nuestro Texto Refundido de aguas de 2001 por la Ley 62/2003. El nuevo Reglamento incluye en su regulación, por tanto, además de una serie de definiciones para la pretendida mejor comprensión de su contenido (art. 3), referencias a las aguas costeras y de transición, junto a las aguas continentales que habían sido tradicionalmente el objeto de la legislación de aguas; la sustitución del concepto de cuenca hidrográfica por el nuevo de «demarcación»; la necesaria inclusión en los planes hidrológicos del análisis económico y del llamado principio de recuperación de costes; el señalamiento de los objetivos ambientales de la protección del agua y sus plazos correspondientes; y ciertas regulaciones incorporadas más o menos recientemente a nuestra legislación de aguas, como las redes de control de datos (arts. 26 y 34); recargas artificiales de acuíferos (art. 53); alusiones a la contaminación difusa (art. 15), de la que se había olvidado la normativa de 1985-1988, regulación de los caudales ecológicos; reservas naturales fluviales (art. 22); o alusiones al cambio climático (arts. 11-4.º y 21-4.º). Por supuesto, se alude profusamente en muchos preceptos a la necesaria sostenibilidad y al desarrollo sostenible. Elaborado el Reglamento por la ex ministra de Medio Ambiente, Cristina Narbona, que se rodeó de asesores de ideas ecologistas radicales, el Reglamento resulta bastante tecnocrático y con cierta penetración, acaso excesiva, de terminología y conocimientos científicos y técnicos o burocráticos. Véase, por ejemplo, en dicho sentido, el vidrioso concepto que ofrece el artículo 3 sobre el concepto «recursos disponibles de aguas subterráneas».

Dentro de sus esquemas tecnocráticos, el Reglamento hace continuas alusiones a las aguas subterráneas, aunque no añade gran cosa a lo que ya establecía el Texto Refundido de aguas de 2001, en su versión reformada por la Ley 62/2003. Deroga el Reglamento el artículo 256 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986, que era una mera reproducción del artículo 94, originario de la Ley de Aguas de 1985, porque, como explica la Exposición de Motivos del Decreto 907/2007, el nuevo Texto Refundido de aguas de 2001, en su artículo 100-2.º, introdujo el nuevo criterio del enfoque combinado en la autorización de los vertidos, por lo que dicho nuevo criterio ha sido necesario recogerlo en el artículo 51 (cfr. también art. 50) del nuevo Reglamento de la Planificación Hidrológica.

En relación a las aguas subterráneas, es reseñable que el nuevo Reglamento ha modificado un tanto la terminología legal, respecto de la que se venía utilizando, y por adaptarse a la terminología de la Directiva Marco europea del agua de 2000, lo que no dejará de producir dudas interpretativas de concretos preceptos. Por ejemplo, suele aludir el Reglamento a «masas de aguas subterráneas» (cfr. arts. 9, 10, 16, etc.) y pocas veces a «acuíferos» (término, con todo, definido en el art. 3), que era la terminología, más con-

creta y acaso preferible, que se venía utilizando hasta ahora. Por ejemplo, desde la preocupación por la protección de la calidad de las aguas subterráneas elude hacer referencias a los acuíferos sobreexplotados, y se refiere sólo a masas de agua subterránea declaradas administrativamente en riesgo de no alcanzar el buen estado de sus aguas (arts. 32 a 34 y 54-2.º), lo que se superpone pero sin duda con un alto grado de coincidencia en la práctica con la cuestión, mucho más concretamente regulada, de la declaración de sobreexplotación de acuíferos (arts. 56 del TR de aguas de 2001 y 171 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986). En la práctica, el exceso de explotación y el deterioro de la calidad o la salinización de los acuíferos suelen ir unidas. Y el Reglamento (arts. 43 y sigs. y 54) olvida, a la hora de la verdad, regular un expediente o procedimiento administrativo que conduzca a una declaración de riesgo de incumplimiento de los objetivos ambientales en el que se pueda basar una concreta resolución administrativa limitativa de derechos subjetivos e incluso olvida encomendar a los planes hidrológicos la regulación de dicho posible procedimiento administrativo (art. 54-4.º). Vuelvo sobre la cuestión al tratar la declaración de sobreexplotación de acuíferos.

Aunque para los algo lejanos horizontes temporales de diciembre de 2015 o de diciembre de 2027, el Reglamento recoge el objetivo de garantizar el equilibrio entre extracción y recarga de los acuíferos (arts. 35 y 36) y admite, en ciertas condiciones, que puedan existir descensos de los niveles freáticos de los acuíferos (art. 39). Pero no ha dado el legislador criterios claros y directos sobre si se pueden o no profundizar los pozos y, en su caso, con qué requisitos y en qué casos, lo que, como explico posteriormente, era un problema acuciante en la práctica y que se había planteado en la doctrina y en la jurisprudencia.

En general, como ocurría ya con el Reglamento para la Administración Pública del Agua y la Planificación Hidrológica de 1988 y en realidad con toda la legislación de aguas dictada desde 1985, el nuevo Reglamento es jurídicamente bastante deficiente, aparte de muy poco realista. Es deficiente técnicamente porque sus autores demuestran no conocer la complejidad enorme del sistema legal de las aguas tal y como lo dejó la Ley de Aguas de 1985 y sus muy deficientes disposiciones transitorias. Este sistema legal, además, es un sistema basado en derechos subjetivos sobre las aguas de naturalezas muy distintas y lo importante, por eso, hubiera sido regular con cuidado las medidas que eventualmente puedan llegar a reducir o a limitar o a reconducir el ejercicio de esos derechos subjetivos. En este sentido, las «medidas» que se aportan en la nueva normativa tienen escasa originalidad y perfiles muy difusos en ocasiones. Es muy significativo además que, como ya ocurriera en el Reglamento de 1988, el de 2007 no aluda ni una sola vez a aguas privadas, ni a derechos sobre aguas públicas adquiridos por usucapión, ni a los títulos

históricos sobre aguas (títulos anteriores a 1879), ni al Registro de la Propiedad, ni a arroyos, lagunas, torrentes, cauces o lechos de las masas o corrientes de aguas, etc. Se siguen ignorando olímpicamente los saberes de los civilistas y de los hipotecaristas, y que la regulación del Registro de Aguas y de sus efectos es sumamente defectuosa e insuficiente, y se tiene una visión administrativista simplona y estrecha. Evidentemente, como el estudio de la jurisprudencia muestra todos los días, todas estas realidades complejas que nuestro legislador se obstina en ignorar desde hace más de un cuarto de siglo, no por eso dejan de existir ni pierden su complejidad. Y sin duda que estas graves carencias de la normativa de 2007 suponen un mayor grado de responsabilidad por negligencia del legislador hoy que en 1988, porque ahora todas estas cuestiones sí que están explicadas en la doctrina y su innegable realidad está demostrada con el señalamiento preciso de la jurisprudencia correspondiente. Así que se podría decir de nuestro legislador aquello de que no hay peor sordo que el que no quiere oír.

En la misma línea de señalamiento de las carencias de este Reglamento de la Planificación Hidrológica de 2007 debe señalarse que el mismo no ha resuelto absolutamente nada sobre su grado posible de retroactividad, que tiendo a pensar que es considerable, pero grado de retroactividad que planteará sin duda, para cada norma o bloque de normas, dudas interpretativas sumamente difíciles.

Afirmaba también que el Reglamento de 2007 es poco realista porque impone un entramado burocrático sumamente complejo y difícil de llevar a la práctica con eficiencia, y porque sabemos que las medidas eficaces para mejorar la calidad de las aguas son o caras (la depuración, por ejemplo, especialmente compleja y técnicamente difícil para las aguas subterráneas ocultas en los acuíferos; o la expropiación de derechos subjetivos) o muy problemáticas social y políticamente, porque las actividades más contaminantes suelen coincidir con las más productivas económicamente (ciertas industrias; agricultura o ganadería intensivas, etc.). Por lo demás, se sigue legislando sobre estas materias como si nuestra Administración hidráulica estuviera dotada de miles de funcionarios abnegados y magníficamente preparados y sedientos de trabajo difícil y engorroso y de miles de guardias fluviales bien instruidos sobre la complejísima normativa. Y se sigue legislando como si se estuvieran haciendo continuamente investigaciones de campo eficaces y correctamente coordinadas. Pero se sabe que esto dista mucho de ser así. Como puso de manifiesto el Libro Blanco del Agua de 2000, la legislación de aguas dictada a partir de 1985 apenas había incidido por entonces en la realidad social española y la mera instalación de redes de toma de datos, que es el mínimo para empezar remotamente a pensar en una modesta planificación de la gestión del agua, estaba entonces —y sigue todavía— sumamente retrasada, después de haberse abandonado por completo en los años ochenta.

J) LA NUEVA LEY 26/2007, DE 23 DE OCTUBRE, DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

La nueva Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, ha transpuesto la Directiva Europea 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, y es Ley que, en su ámbito específico, está inspirada por el ecologismo más radical, e intenta imponer un criterio de responsabilidad objetiva para proteger ciertos bienes y valores medioambientales, entre los que se encuentran las aguas y las aguas subterráneas, más en particular. En su Preámbulo, por cierto, esta Ley reconoce el relativo fracaso de la política de protección ambiental seguida hasta ahora, lo que ya se ha señalado aquí, en concreto, en relación con la protección de la calidad de las aguas subterráneas.

No cabe aquí abordar ni muy resumidamente el tratamiento de esta severa, y muy burocrática Ley, pero sí dejar constancia de que, una vez más, el legislador parece haber olvidado la existencia de las muy importantes aguas privadas, con lo que las deja en una incierta penumbra, con la consiguiente inseguridad jurídica.

En efecto, explica el legislador que la Ley, sobre todo en lo referente a la imposición de una responsabilidad objetiva, se aplicará a los operadores que se dediquen a actividades de las señaladas en el Anexo III (actividades sometidas a autorización administrativa integrada contra la contaminación de las reguladas en la Ley 16/2002, y también a vertidos autorizados en aguas subterráneas o a captación autorizada de nuevas aguas subterráneas) y que se les aplicará cuando causen daños a las aguas, *«entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos tanto en el estado ecológico, químico y cuantitativo de las masas de agua superficiales o subterráneas, como en el potencial ecológico de las masas de agua artificiales y muy modificadas»*. Añadiendo que, a tales efectos, *«se estará a las definiciones que establece la legislación de aguas»* (art. 2, apartado 1.º, letra b). Pero en el apartado 7.º de dicho artículo 2.º, parecen restringirse las aguas protegidas en la Ley, aunque sin total claridad, a sólo las aguas públicas. Define, en concreto «Aguas» del siguiente modo: *«Todas las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas, costeras y de transición definidas en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, así como los restantes elementos que forman parte del dominio público hidráulico»*. Y el Preámbulo de la Ley, al explicar el artículo 7 de la misma, así como dos de los apartados de este mismo artículo 7, también insisten en que se trata de proteger *«los bienes de dominio público de titularidad estatal»*. Y el artículo 5 de la Ley establece que: *«Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada* (a las aguas de propiedad privada,

por tanto), a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación». Y a continuación establece, con toda lógica, y habiéndose adelantado ya la idea en el Preámbulo, que los particulares mencionados no podrán ya reclamar indemnización de daños cuando, por aplicación de la Ley 26/2007 de responsabilidad medioambiental, dichos daños hayan quedado ya reparados.

De modo que, un poco contra el criterio que parecía hasta ahora el general de aplicar la normativa legal de protección de la calidad del agua con abstracción de la naturaleza pública o privada de las aguas, criterio que encuentra apoyo en el apartado 4.º de las Disposiciones Transitorias 2.ª y 3.ª del Texto Refundido de Aguas de 2001, la nueva Ley 26/2007, y su artículo 5, que puede considerarse la norma aplicable más especial, parece dejar un cierto ámbito a la aplicabilidad del artículo 1.902 y siguientes del Código Civil, y parece que invocables ante la jurisdicción ordinaria, a los daños causados por alguien a la calidad de las aguas de propiedad privada y, entre ellas, a las procedentes de pozos de propiedad privada. Solución discutible y difícil de precisar en la práctica, en buena medida, dado que en la realidad natural las aguas privadas están íntimamente relacionadas con las otras aguas públicas del acuífero correspondiente. Superamos ya las dos décadas de legislación española sobre aguas con olvido sistemático de las que lo son de propiedad privada y prescindiendo siempre del punto de vista de los civilistas y de los hipotecaristas, con daño serio al nivel técnico de las leyes y a la seguridad jurídica.

Por lo demás, el régimen de responsabilidad que, aunque en forma de buena medida irretroactiva, se intenta imponer en esta Ley 26/2007 a los agricultores y ganaderos que utilicen aguas públicas en sus explotaciones es excesivamente maximalista y resultará opresivo y difícil de aplicar a unos agricultores y ganaderos que están en muchos casos en situaciones socialmente precarias. También considero esta Ley 26/2007 de excesiva complejidad técnica y burocrática para las modestas fuerzas de nuestra Administración hidráulica, tantas veces puestas de manifiesto. Temo que la ministra Cristina Narbona, rodeada de asesores que se inspiraban en el ecologismo más radical, legislara con grave desconocimiento de la realidad social y económica de los destinatarios de las normas que dictaba. Quizá por eso, tras las elecciones de 9 de marzo de 2008, ha dejado de estar en el Gobierno.

### III. LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS PÚBLICAS

#### A) LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA INVESTIGACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

El dueño de un terreno, a diferencia de la regulación anterior (cfr. art. 417 del Código Civil), ya no puede como norma investigar libremente aguas subterráneas en su finca, sin obtener previamente autorización administrativa del Organismo de cuenca competente (o Administración autonómica correspondiente, dentro de las cuencas intracomunitarias y en su caso, como recuerda la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> del TR: entiéndase así en lo sucesivo), según el apartado 1.º del artículo 74 del vigente Texto Refundido 1/2001, de 20 de julio, de aguas (54). La regulación completa de esta autorización administrativa se contiene en los artículos 73 a 76 y 54.2.º del citado Texto Refundido, y artículos 177 y siguientes y 104 y siguientes del Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986, reformado por el Decreto 606/2003, de 23 de mayo. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 227/1988 (cfr. FJ 23, letra k), consideró como legislación básica del Estado estos artículos 65 a 68 de la Ley de Aguas de 1985, recogidos hoy en los artículos 73 a 76 TR.

En esta regulación, como ocurre también en la regulación genérica de las concesiones sobre aguas, se establece que al solicitar alguien, sea el dueño del terreno u otra persona, una autorización administrativa para investigar aguas subterráneas, se abre un procedimiento o trámite de competencia de proyectos para que la Administración elija discrecionalmente a cuál de los solicitantes otorga la autorización administrativa de investigación de aguas subterráneas. Según el artículo 73 del Texto Refundido, el dueño del lugar en el que se van a investigar las aguas gozará, no obstante, de preferencia para obtener la autorización de investigación, aunque sólo entre solicitantes dentro de cada uno de los niveles del mismo orden de prelación a que se refiere el artículo 60 del propio Texto Refundido de aguas. El artículo 73 del TR limita un tanto, como se ve, la discrecionalidad administrativa. Y el artículo 59-7.º del TR completa hoy el orden de prelación del artículo 60, introduciendo en el mismo, con el máximo grado de preferencia, los caudales ecológicos o medioambientales. La concesión administrativa de aguas públicas subterráneas es hoy, por eso, hasta cierto punto, una de las excepciones legalmente admitidas al principio de que todas las concesiones administrativas deben

---

(54) En todo caso, Administración hidráulica. No Administración municipal o urbana, ni, en principio, licencia de obras, como recuerda la sentencia contencioso-administrativa del TS de 4 de diciembre de 2007 (*RAr.* de 2008, núm. 284). La tendencia de la Administración municipal a protagonizar injerencias en cuestión de gestión de aguas subterráneas es antigua. Véase mi libro de 1996, págs. 267-268.

otorgarse en régimen de concurrencia (art. 93-1.º de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas).

Sin embargo, la práctica, que se vislumbra a través del estudio jurisprudencial parece mostrar que, al menos en el supuesto más frecuente de solicitud de autorizaciones administrativas de investigación de aguas, que es el de solicitud para obtener luego concesiones administrativas de aguas subterráneas para riegos, el requisito de la competencia de proyectos es bastante teórico y que es bastante frecuente que sólo el propietario del terreno sea el que solicita la autorización de investigación a la Administración, sin tener que competir con nadie más.

Lo afirmado quita algo de importancia a la seria dificultad teórica que ofrece justificar y aclarar cómo funciona concretamente la limitación de la discrecionalidad administrativa que representa la remisión del artículo 73 del TR al oscuro precepto del artículo 60 del TR, precepto oscuro en su alcance y discutible en su concreto contenido y hoy, como se ha indicado, complicado todavía más por su relación con el artículo 59-7.º del TR.

En una primera consideración, el artículo 73 TR parece querer indicar que la discrecionalidad administrativa jugará solo, eventualmente a través del procedimiento del trámite de competencia de proyectos, dentro de cada uno de los aprovechamientos enumerados en la jerarquización del Plan de Cuenca, de haberlo y existir la previsión o del artículo 60 TR. Según esto, la Administración tendría que elegir discrecionalmente entre propietarios que solicitaran autorizaciones de investigación o sólo todos para riegos; o sólo todos para usos hidroeléctricos; o sólo todos para acuicultura, etc. En cambio, el artículo 73 TR parecería vedar rígidamente a la Administración que otorgase autorizaciones administrativas de investigación de aguas solicitadas para cualquier otra clase de uso de los inferiores al riego (por ejemplo, uso hidroeléctrico; uso industrial; acuicultura, etc.), y por muy buenos que fueran los proyectos presentados y muy justificadas sus razones o su interés social, siempre que existiera alguien que solicitase la autorización pensando en esta última clase de uso del agua preferente (riego), y por malo que fuese el proyecto presentado o pobres las razones que fundasen esta solicitud digamos que de rango preferente. También parecería vedar imperativamente el artículo 73 del TR a la Administración que se otorgase una autorización de investigación de aguas a un propietario de tierras que pretendiese una concesión para riego de esas tierras suyas, siempre que se interpusiese una solicitud de autorización de investigación dirigida a obtener una concesión para abastecimiento de agua a la población de una futura urbanización todavía no constituida ni acaso aprobada urbanísticamente (art. 124-1.º del Reglamento de 1986).

Sin embargo todo esto, siendo el principio general la discrecional atribución de concesiones administrativas sobre aguas públicas (art. 59-4.º del TR), y conllevando eso la posibilidad siempre de denegación motivada de la soli-

cidad, parece una regulación bastante poco razonable. En particular, la preferencia del dueño del terreno sobre solicitantes de autorizaciones pensadas para aprovechamientos de nivel inferior al del riego podría ser ejercitada abusivamente, acaso pensando únicamente en negociar privadamente, a cambio de dinero, la propia retirada o desistimiento de su solicitud de autorización de investigación. Hubiera sido mucho más razonable que el legislador hubiera reconocido una genérica o flexible preferencia del dueño del terreno, y de efecto no rígido o absoluto, y sólo para aquellos casos en los que el uso o aprovechamiento del agua se fuera a hacer o a realizar establemente en concreto terreno de propiedad privada del eventual beneficiario de la concesión administrativa sobre aguas subterráneas. Es razonable y lógica en principio la prioridad o preferencia del dueño del terreno sobre otros solicitantes o aspirantes al agua subterránea pública que de allí se pretenda sacar, pero no es lógico que se limite o se condicione dicha preferencia, parece que imperativamente, por la jerarquización de usos del agua del artículo 60 del TR. Y también deja el artículo 73 TR una cierta duda sobre si ese condicionamiento imperativo derivado del artículo 60 va a tener aplicación o sólo o más intensa para las aguas subterráneas que para las concesiones administrativas de aguas públicas superficiales, lo que también carecería de un lógico fundamento. Como siempre que la Ley de Aguas de 1985 entra en temas de Derecho Civil, flojea técnicamente. No parece que se haya pronunciado o haya reflexionado todavía el Tribunal Supremo sobre este problemático artículo 73 del TR de aguas.

Cuando la investigación pretenda realizarse en terrenos ajenos o públicos hay que tener en cuenta, además del artículo 417 del Código Civil, la regulación contenida en los artículos 74 y 75 del Texto Refundido y 177 a 183 y 186-2.º del Reglamento de Dominio Público Hidráulico. Y véase, muy en particular, el artículo 179-3.º del Reglamento. Y véase también lo explicado más abajo sobre protección de la calidad de las aguas, autorización integrada y declaración de impacto ambiental. Las consideraciones ambientales inciden tanto en la fase de otorgamiento de la autorización de investigación de aguas como en posibles límites fijados en el título de la autorización (art. 98 del TR).

Conforme a esta regulación, el Organismo de cuenca puede otorgar autorizaciones para investigación de aguas subterráneas, previo el trámite de competencia entre los proyectos de investigación que se presenten en el oportuno procedimiento, y el otorgamiento de la autorización llevará implícita la declaración de utilidad pública de los terrenos a efectos de la correspondiente ocupación temporal y realización de las labores necesarias en el terreno perteneciente a dueño o persona diferente de la autorizada para realizar la investigación (técnica expropiatoria). Creo que el artículo 417 del Código Civil no ha sido derogado por la Ley de Aguas de 1985 ni por sus reformas posteriores (cfr. Disposición Final primera del TR), y que los artículos 74 a 76 del TR

adoptan un punto de vista un tanto simplista recurriendo siempre, al parecer, a una técnica expropiatoria (indemnizando los daños, desde luego) para posibilitar la investigación de aguas en finca ajena. En realidad, parece que ello sólo será necesario cuando el dueño del terreno en que se pretende realizar la investigación se niegue a dar su permiso para la misma (puede ser vecino o amigo del que pretende realizar la exploración, o pariente suyo, o arrendador, o nudo propietario, o haber llegado a un acuerdo con él y esperar alguna contraprestación...). De nuevo vemos que nuestra legislación de aguas flojea en lo que tiene que ver con el Derecho Civil.

Ofrece alguna duda el significado jurídico de los plazos de la autorización de investigación, que tiene un máximo de dos años, y el de seis meses, que se reconoce al alumbrador desde el alumbramiento para formalizar la solicitud de la concesión administrativa (art. 74-2.º y 3.º TR y art. 180 del Reglamento de 1986-2003). Aunque de los artículos 182, letra b), y 183, letra b), del Reglamento parecería más bien deducirse una cierta idea de que fueran plazos ambos de caducidad, creo que ello sería poco razonable y que es mejor considerar estos plazos, establecidos en norma de rango legal, como de prescripción, y considerar incluso que no es descartable del todo que se otorgase la concesión administrativa a un alumbrador que hubiera sobrepasado ligeramente cualquiera de esos plazos.

#### B) ALUMBRAMIENTOS CLANDESTINOS E INCUMPLIMIENTOS DE LA AUTORIZACIÓN DE INVESTIGACIÓN DE AGUAS

El artículo 74 del Texto Refundido de aguas puede incumplirse, y se incumple frecuentemente, cuando, sin requerir u obtener la preceptiva autorización administrativa para investigar aguas subterráneas, se alumbran clandestinamente las mismas, acaso sustrayéndolas de otros aprovechamientos ajenos. En estos supuestos, puede llegar a ocurrir en teoría que se incurra incluso en delito de usurpación (cfr. art. 247 del Código Penal de 1995, cuya letra no da facilidades a nuestra hipótesis) o en delito de defraudación de aguas (cfr. art. 255 del propio Código Penal). Más frecuentemente el alumbrador clandestino incurrirá en responsabilidad administrativa, sancionable con fuertes multas [arts. 108, letra b), y 109 de la Ley de Aguas de 1985, y arts. 314 y sigs. y en particular 316, letra c), del Reglamento de 1986, reformados, en el sentido de incrementar las multas, por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, y hoy recogidos en los arts. 116 y 117 del TR] y en responsabilidad civil, que conlleva la obligación de restaurar el dominio público hidráulico dañado (cfr. art. 118 del Texto Refundido).

Las infracciones administrativas prescribieron durante muchos años en el plazo absurdamente corto de dos meses, aunque la obligación civil de restau-

rar el dominio público dañado se afirma que sólo prescribe a los quince años, como en el artículo 1.964 del Código Civil (cfr. art. 327 del Reglamento de 1986). Este plazo de quince años para la acción de daños al dominio público parece algo excesivo y acaso ilegal por vulnerar el principio de jerarquía normativa, a la vista de que el plazo para la exigencia de responsabilidad civil extracontractual es de un año, aunque contado, muy razonablemente, desde que conoció el daño el agraviado (art. 1968-2.º del Código Civil). El plazo de prescripción de las infracciones en materia de aguas fue por fin razonablemente reformado y equiparado al general de las infracciones administrativas del artículo 132-1.º de la Ley 30/1992 (diversos plazos que oscilan de tres años a seis meses, según la gravedad) por el Real Decreto 1771/1994, de 5 de agosto (Decreto que retocó el mencionado art. 327 del Reglamento de 1986). Y todavía estos plazos pueden resultar cortos para infracciones que suponen contaminación del agua, que sobre todo siendo subterránea, puede no dejarse sentir sino al cabo de plazos prolongados de tiempo desde que se realizó el evento dañoso.

El régimen jurídico sancionador en materia de aguas, en este punto comentado como en otros, es sin embargo severo y hasta como legalidad (o incluso en su constitucionalidad) discutible en ciertos casos. La tensión provocada por la fuerte sequía que padeció el país en los primeros años noventa y la evidencia del alto grado de incumplimiento de la defectuosa Ley de Aguas de 1985, llevó a nuestro legislador a incrementar la cuantía de las multas hasta los 100 millones de pesetas en el caso de las infracciones muy graves, en la Disposición Adicional 9.ª de la mencionada Ley 42/1994, cuantía enorme y discutible que ha mantenido la Ley 46/1999 (cfr. hoy art. 117 del Texto Refundido, considerando el apartado 3.º todavía ampliables las multas por Decreto). Y el artículo 116, letra g), del Texto Refundido, y artículo 317, párrafo segundo, del Reglamento de 1986 recogen una infracción tan genérica (cualquier contravención de la legislación de aguas), que es la negación misma del principio de tipicidad que exigen el artículo 129-1.º de la Ley 30/1992 y el artículo 25-1.º de la Constitución. En cuanto a la posibilidad de que la Administración recurra a medidas cautelares, como el cierre del pozo, véase el artículo 119-2.º del Texto Refundido de 2001 de aguas, importante precepto introducido por la Ley 46/1999. En fin, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, han añadido un nuevo párrafo al artículo 116 del TR, intentando precisar el supuesto de los alumbramientos clandestinos, y extendiendo la responsabilidad al titular del terreno, al promotor de la captación, al empresario que ejecuta la obra y al técnico director de la misma (55). Se introdujo también el criterio

---

(55) Esta reforma legal acaso estuvo ocasionada por la sentencia contencioso-administrativa del TS de 21 de diciembre de 2001 (*RAJ*. de 2002, núm. 4916), que había declarado, frente a las pretensiones de la Administración, invocando los principios de lega-

de la presunción de responsabilidad administrativa solidaria cuando intervienen varios sujetos en la causación del daño (art. 116-2.º del TR de 2001).

Una vez realizado el alumbramiento clandestino surge, enclavada en la finca privada que normalmente pertenecerá al alumbrador, una nueva propiedad pública, el alumbramiento, que parece que el alumbrador ya no tendrá derecho a eliminar o cerrar por su cuenta (el alumbramiento no es suyo; no le pertenece) y que el Organismo de cuenca podrá ordenar cerrar, pero que parece que también podrá utilizar por sí mismo o utilizar sus aguas para otorgar concesiones administrativas sobre ellas a terceros o incluso al mismo alumbrador clandestino, lo que, aunque podría constituir un mal ejemplo (premiar con la legalización una actividad ilegal), no está estrictamente prohibido en norma alguna.

Por otra parte, además de que como digo la Administración ni siquiera se enterará en ocasiones de la existencia del alumbramiento clandestino, la explicación dada de que surge dentro de la finca privada una propiedad pública (el alumbramiento) no dejaba de resultar, al menos hasta hace poco, un tanto teórica por varias razones. Primera, por lo poco que había facilitado la Ley a los funcionarios de la Administración hidráulica la entrada en las fincas privadas, hasta la Ley 11/2005, de 22 de junio, que ha resuelto decididamente el problema y dado nueva redacción al artículo 94 del TR (cfr. sobre todo art. 94-3.º) de aguas (cfr., para la regulación de las dos últimas décadas, art. 333 del Reglamento de 1986, art. 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y art. 96-3.º de la Ley 30/1992 y art. 8-5.º de la Ley 6/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). Segunda, por los pocos funcionarios que tiene la Administración disponibles para este tipo de misiones. Y tercera, por el carácter restrictivo con que contemplaba la jurisprudencia la aplicación de la llamada autotutela administrativa (artículo, entre otros, 8 de la Ley del Patrimonio del Estado de 1964), que probablemente habría llevado en muchos casos al Estado, para poder hacer valer el carácter público del alumbramiento clandestino, a tener que ejercitar ante los tribunales una acción reivindicatoria sobre sus aguas públicas frente al alumbrador clandestino propietario de la finca. Y es evidente que esto sólo muy raramente habría de suceder. En la práctica, la Administración incoa procedimientos sancionadores y es en ellos donde, con más o menos dificultades, debe probar el carácter público de las aguas que pretende se hayan alumbrado clandestinamente. Además, hoy parece sostenible que el Estado, con base en el artículo 55-2.º de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las

---

lidad y tipicidad de las sanciones administrativas, y la reserva de ley en esa materia, que el artículo 108 de la Ley de Aguas no alcanzaba a los propietarios de máquinas de sondeos, por lo que no se podía sancionar a las empresas que hicieran perforaciones sin haberse cerciorado previamente de que los dueños de los terrenos tenían la correspondiente autorización administrativa de investigación de aguas.

Administraciones Públicas, pueda ejercer en cualquier tiempo su facultad de recuperación de bienes *demaniales*, como lo sería el alumbramiento clandestino realizado de que llegara a tener noticia la Administración.

De modo que, como vemos, faltó originariamente implementación jurídica e instrumental de la declaración legal de pertenencia al dominio público de las aguas subterráneas (futuras: alumbradas después de 1986) y parece por ello probable, incluso hoy, que muchos alumbramientos clandestinos se vayan a seguir aprovechando, aunque ilegalmente, dentro de fincas privadas hasta hace poco casi impenetrables en la práctica y como si fueran alumbramientos de aguas privadas. Lo que a la normativa vigente sobre aguas subterráneas públicas le espera, tal como ha sido prevista y regulada, y pese a algunas mejoras sobrevenidas por reformas legales recientes, es un considerable nivel de incumplimiento. En mi libro sobre aguas subterráneas de 1990 pronostiqué que sería frecuente la realización en la práctica de alumbramientos clandestinos (56) y la realidad me ha dado cumplidamente la razón. Hoy la Administración hidráulica comprueba mediante fotos por satélite (del satélite Landsat, en particular) la continua expansión del regadío ilegal realizado mediante pozos clandestinos y se muestra en buena medida impotente para hacer frente a esa realidad.

Sí que es cierto, con todo, que el alumbrador clandestino de aguas subterráneas que pase a aprovecharlas realizará un uso ilegal de aguas públicas, bajo las posibles responsabilidades que he señalado, y uso que no se consolará en derecho subjetivo ni siquiera al cabo de veinte años de aprovechamiento pacífico (cfr. art. 52-2.º del Texto Refundido), a diferencia de en la normativa anterior (cfr. art. 149 de la Ley de Aguas de 1879).

Pese a lo explicado, se encuentran también, desde luego, supuestos en los que los tribunales han conseguido amparar eficazmente actuaciones administrativas ordenando cesar aprovechamientos clandestinos e ilegales de aguas subterráneas públicas (57). Hay en ello, por lo demás, una continuidad con los supuestos en los que, antes de la legalidad actualmente vigente, existían también alumbramientos clandestinos en los casos entonces excepcionales en los que era legalmente precisa autorización administrativa previa del alumbramiento (distancias «áticas»; aguas subálveas; Canarias u otros territorios con legislación especial) (58). La resolución de estos últimos su-

---

(56) Cfr., mi libro *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Zaragoza, 1990, pág. 136, nota 140. Ninguna otra de las varias monografías existentes sobre estas cuestiones acertó a realizar este certero pronóstico y casi ni habían reflexionado, ninguna de ellas, sobre este supuesto de los alumbramientos clandestinos, como hice yo con cierta amplitud en dicho libro, págs. 33 a 41.

(57) Cfr., por ejemplo, las sentencias contencioso-administrativas del TS de 2 de febrero de 1996 (*RAr.*, núm. 978); de 27 de abril de 1998 (*RAr.*, núm. 3645); y 29 de junio de 1999 (*RAr.*, núm. 4345).

(58) Cfr., por ejemplo, las sentencias contencioso-administrativas del TS de 7 de abril de 1989 (*RAr.*, núm. 3158); de 26 de abril de 1990 (*RAr.*, núm. 2898); de 18 de

puestos se ha prolongado hasta mucho después de la entrada en vigor de la Ley de 1985.

C) LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DE AGUAS ALUMBRADAS Y LA PROTECCIÓN DE DERECHOS PREEXISTENTES

La concesión administrativa sobre aguas subterráneas, una vez otorgada, no difiere significativamente de cualquier otra concesión administrativa sobre aguas públicas de las reguladas en la Ley vigente. Se trata de un derecho real administrativo respecto del que se han robustecido las potestades administrativas, aunque en forma bastante difusa e imprecisa, respecto de las concesiones administrativas de aguas de la anterior Ley de Aguas de 1879. También permanece el concepto mismo de concesión administrativa de la legislación de aguas anterior, estableciendo el Texto Refundido vigente, conforme a dicho concepto, que el agua que se concede queda adscrita a *los usos*, con un plural que da en teoría un pequeño margen de saludable flexibilidad, indicados en el título concesional, sin que pueda ser aplicada a otros distintos, ni a terrenos diferentes si se tratase de riegos. Cfr. del TR el artículo 61, apartados 2.º y 4.º, en la versión de ambos apartados retocada por la Ley 46/1999, sobre todo para salvar la aplicabilidad del nuevo artículo 61 *bis* de aquella Ley, precepto hoy recogido en los artículos 67 y siguientes del TR. La concesión administrativa podrá tener limitaciones en su título para compatibilizarla con la protección ambiental e interviene la autoridad ambiental en el mismo otorgamiento si hubiere peligro para el medio ambiente (art. 98 del TR). La concesión administrativa es obligatoriamente inscribible en el Registro de Aguas (art. 80 del TR) y voluntariamente inmatriculable en el Registro de la Propiedad (arts. 31 y 64-65 del Reglamento hipotecario) (59).

---

septiembre de 1990 (*RAr.*, núm. 7121); de 25 de enero de 1996 (*RAr.*, núm. 454); de 1 de julio de 1997 (*RAr.*, núm. 5825); de 6 de julio de 1998 (*RAr.*, núm. 7601); y de 8 de junio de 1998 (*RAr.*, núm. 5716).

(59) Creo que no se deberían considerar inmatriculables en el Registro de la Propiedad, faltando preceptos específicos al respecto, y a la vista de la regulación genérica sobre inmatriculación de inmuebles, ni los acuíferos ni las reservas dominiales de aguas públicas de la Administración. Los acuíferos, en particular, aunque puedan teóricamente señalarse ya como bienes inmuebles objeto de un derecho de propiedad del Estado y aproximadamente identificables en términos geográficos, no parece por ahora que puedan ser rigurosamente inscribibles en Registro de la Propiedad ni que tendría sentido relajar las exigencias habituales de su inmatriculación, por lo difuso también de los efectos que habría de tener esa inmatriculación. No parece que se vislumbre por hoy, al menos mientras no haya progresos decisivos y cualitativos de la planificación hidrográfica y del régimen jurídico del Registro de Aguas, hoy por hoy prácticamente inocuo, la suficiente utilidad social y jurídica de una tal inmatriculación de los acuíferos. Para las reservas dominiales sí está prevista su inscripción en el Registro de Aguas (art. 92-2.º del Reglamento de 1986-2003).

La Administración tiene en principio amplia discrecionalidad en esta materia, pero en la práctica más bien al otorgar la autorización de investigación de aguas subterráneas que al otorgar luego su concesión administrativa una vez alumbradas las aguas. El artículo 74-3.º del TR establece que la solicitud de la concesión administrativa por el alumbrador autorizado se tramitará sin competencia de proyectos. Y el artículo 180-4.º del Reglamento parece partir de la idea de que el autorizado para investigar aguas que consiga encontrarlas tendrá en principio derecho a que se le otorgue la concesión administrativa. Además, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, siempre que no haya declaración formal de sobreexplotación del acuífero, y aunque sin apoyo expreso en ese precepto reglamentario, se detecta una tendencia a no interrumpir fácilmente la investigación de aguas subterráneas una vez autorizada ésta, aunque se produzcan impugnaciones de terceros con derechos preexistentes. Se alude en bastantes ocasiones, en tal sentido, a un derecho de los ciudadanos a buscar y alumbrar aguas subterráneas y al beneficio social que éstas representan (regadío, por ejemplo), lo que acaso es más bien un residuo de las concepciones profundas de la anterior Ley de Aguas de 1879 que una idea realmente inspiradora de la Ley vigente y sus principios cardinales (60).

Pero sí que es cierto, con todo, que algunos preceptos del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986-2003 parecen contemplar un cierto derecho a obtener la concesión administrativa por parte del investigador autorizado administrativamente que encuentra el agua (61), lo que formalmente es contradictorio con el criterio legal de la discrecionalidad de las concesiones sobre aguas (art. 59-4.º del TR) y permitiría cuestionar la legalidad de dichos preceptos reglamentarios. Porque, en puridad, que el alumbrador autorizado que ha encontrado agua pueda formular su petición de una concesión sin competencia de proyectos (art. 74-3.º del TR y 184-10.º del Reglamento) no parece que excluya del todo la discrecionalidad de la Administración. Así que se percibe una cierta falta de claridad de ideas del legislador y un oscurecimiento en el desarrollo normativo de la conveniente discrecionalidad en

---

(60) Véanse, por ejemplo, en la línea señalada en el texto, las sentencias contencioso-administrativas del TS de 9 de diciembre de 1997 (*RAr.*, núm. 9515, ponente: Óscar GONZÁLEZ GONZÁLEZ); de 9 de marzo de 1998 (*RAr.*, núm. 2296); de 30 de marzo de 1998 (*RAr.*, núm. 2837); de 16 de diciembre de 1999 (*RAr.*, núm. 9737); de 24 de enero de 2000 (*RAr.*, núm. 658); de 14 de julio de 2000 (*RAr.*, núm. 6162); y de 23 de noviembre de 2000 (*RAr.*, núm. 9138).

(61) Se trata del artículo 180, apartado 4.º, y del artículo 184, apartado 10.º, párrafo 2.º, del mencionado Reglamento, que establece, en concreto, en este segundo precepto, que «*si la concesión tuviera que ser denegada, el interesado tendrá derecho a la indemnización del importe justificado de las obras y trabajos realizados desde que obtuvo la autorización de investigación*». He intentado razonar una conveniente interpretación restrictiva de dicho precepto en mi libro de 1990, *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, págs. 27 a 31.

este asunto y, como en otras partes de esta normativa, un debilitamiento de la protección de los derechos preexistentes, protección que era más nítida y rotunda en la anterior Ley de Aguas de 1879.

Todavía no existe suficiente jurisprudencia del Tribunal Supremo que permita valorar en qué medida la planificación hidrológica, cuyo papel ha sido magnificado por algunos autores, y que está teniendo tropiezos de consideración ante los tribunales (62), canaliza o condiciona o limita aquella discrecionalidad para otorgar concesiones administrativas sobre aguas subterráneas públicas (63). Algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo (64), bien razonadas, apuntan una interesante dirección al apoyarse en los planes de cuenca para reforzar la discrecionalidad administrativa y denegar nuevas concesiones administrativas sobre aguas subterráneas, acaso frenando políticas de transformaciones en regadío, y para negar que exista una especie de derecho genérico de cualquier ciudadano a solicitar este tipo de concesiones, como hemos visto que tiende a considerar otra jurisprudencia del propio Tribunal. Pero es curioso que también algunas de las sentencias que deniegan concesiones administrativas sobre aguas subterráneas no se apoyan apenas, en sus razonamientos, en el principio crucial de la discrecionalidad (65).

---

(62) La importante sentencia contencioso-administrativa del TS, de 20 de octubre de 2004 (*RAr.m* núm. 8004, ponente: Pedro José YAGÜE GIL) ha anulado, por contrarios a la doctrina del Tribunal Constitucional de la sentencia 227/1988, y por vulnerar competencias autonómicas, buen número de preceptos del Plan Hidrológico de la Cuenca del Júcar, regulado en la Orden Ministerial de 13 de agosto de 1999 y del Decreto 1664/1998, que es el Decreto que aprobó la gran mayoría de los planes hidrológicos de cuenca del país.

(63) Lo que el TS suele declarar más bien en algunas sentencias es que la falta de Plan Hidrológico de Cuenca no impide que se apliquen las normas ordinarias sobre la cuestión de que se trate, o que no se puede denegar la concesión administrativa sobre aguas subterráneas so pretexto de que todavía no había plan de cuenca. Cfr., por ejemplo, las sentencias contencioso-administrativas de 30 de junio de 1998 (*RAr.*, núm. 5903); de 18 de diciembre de 1999 (*RAr.*, núm. 8783); de 10 de abril de 2000 (*RAr.*, núm. 2950); y de 14 de julio de 2000 (*RAr.*, núm. 6162), varias de ellas con cita de otras sentencias anteriores. La sentencia contencioso-administrativa del TS, de 8 de marzo de 2000 (*RAr.*, núm. 966) argumenta, poco convincentemente, desde los artículos 68 y Disposición Transitoria 6.ª de la Ley de Aguas de 1985, que en los casos de falta de plan de cuenca, se convierte en reglada la potestad administrativa de otorgar concesiones sobre aguas subterráneas públicas. O véanse también las dos sentencias contencioso-administrativas del TS de 5 de febrero de 2004 (*RAr.*, núm. 1081 y de la misma fecha *RAr.*, núm. 663), que dieron por buena la denegación de sendas concesiones administrativas sobre aguas subterráneas en un momento en el que, ya aprobada, el 5 de abril de 1995, la propuesta de Plan Hidrológico de la Cuenca del Guadalquivir, todavía no había verdaderamente Plan de Cuenca.

(64) Véanse, por ejemplo, las sentencias contencioso-administrativas del TS, de 3 de noviembre de 2005 (*RAr.*, núm. 10.099); y la de 7 de abril de 2006 (*RAr.*, núm. 4983), ésta con cita precisa de otras cuatro sentencias anteriores. Fue ponente de ambas sentencias Segundo MENÉNDEZ PÉREZ.

(65) Cfr., por ejemplo, en dicho sentido, las sentencias contencioso-administrativas del TS de 26 de octubre de 1999 (*RAr.*, núm. 8253) y la de 19 de junio de 2003 (*RAr.*,

Cuando las concesiones administrativas sobre aguas subterráneas se pretenden para urbanizaciones privadas, de construcción tan frecuente y polémica en los últimos tiempos, la cuestión adquiere complejidades específicas. En ocasiones, aunque insuficientes a la vista del urbanismo salvaje que sabemos que ha prevalecido en España los últimos años, la jurisprudencia las deniega oponiendo el incumplimiento de requerimientos urbanísticos o de calidad sanitaria o de la necesaria potabilidad de las aguas o de evacuación de las aguas residuales (66), u opone otras razones o inconvenientes acaso más discutibles (67), a veces relacionadas con complejas relaciones previas de sociedades o cooperativas con los ayuntamientos correspondientes (68). Pero si la urbanización ya está construida o el abastecimiento de poblaciones con aguas de pozos ya está establecido, la jurisprudencia no puede eludir la fuerte incidencia en el planteamiento de los problemas del carácter legal de servicio público que tiene ya esta modalidad del abastecimiento de poblaciones (69).

Como en la Ley de Aguas de 1879 (art. 150) y como en toda una antigua tradición que se remonta al Derecho romano, el Texto Refundido vigente establece que toda concesión se entenderá hecha sin perjuicio de tercero (cfr. art. 61-1.º), para lo que articula la regulación, compleja y poco clara, y conteniendo una vidriosa e irrazonable discrecionalidad administrativa del artículo 76 del TR y artículo 184, apartados 4.º a 9.º, del Reglamento de 1986, regulación que enturbia el sano y lógico principio tradicional de prioridad en la adquisición (art. 61-1.º del TR). Muy representativa del defectuoso planteamiento normativo es la definición de *afección* que da el artículo 184-6.º del Reglamento como merma producida en los caudales *real o anteriormente aprovechados* del derecho preexistente, en lugar de aludir a merma en los caudales aprovechables conforme al título de ese derecho preexistente. Esta compleja regulación la he explicado en mi libro de 1990 en la línea de una

---

núm. 4403), esta última con prolijas reflexiones, en cambio, sobre la significación de normativas especiales sobre la sequía existentes en el supuesto.

(66) Cfr., por ejemplo, en cuanto a los requisitos últimamente citados, la sentencia contencioso-administrativa del TS de 15 de noviembre de 2006 (*RAr.*, núm. 10.053).

(67) Por ejemplo, la discutible sentencia, sobre la que vuelvo posteriormente, del TS de 14 de abril de 2004 (*RAr.*, núm. 4955), dio por buena una resolución de la Junta de Aguas de Cataluña, de 10 de septiembre de 1996, en la que denegaba el cambio de uso de unas aguas privadas de un pozo de su anterior uso para riego a un nuevo uso para campos de golf, cierto que en zona correspondiente a un acuífero muy contaminado y sobreexplotado y con otras varias urbanizaciones en la zona.

(68) Cfr. la muy significativa, en dicho sentido, sentencia contencioso-administrativa del TS de 12 de abril de 2006 (*RAr.*, núm. 4692).

(69) Porque, entonces, este carácter de servicio público del abastecimiento de poblaciones, aunque sea con aguas de pozos, hunde sus raíces en las exigencias propias del Estado Social de Derecho, como bien explica la sentencia contencioso-administrativa del TS de 24 de febrero de 2000 (*RAr.*, núm. 1333, ponente: Óscar GONZÁLEZ GONZÁLEZ).

interpretaciones forzadas o hasta correctoras de los defectos legales que considero más nocivos para la seguridad jurídica (70).

También presenta gran complejidad la explicación técnico jurídica de las acciones y medios de defensa de derechos sobre aguas subterráneas, ya sean de propiedad privada, ya concesiones administrativas. En cuanto a estas últimas junto a remedios específicos regulados en la vigente normativa sobre aguas coexisten remedios o medios de defensa genéricos del Derecho civil, como acciones reales o interdictos posesorios. Todo ello lo he explicado en mis libros de 1990 y 1996 (71). La incidencia posible y dañosa en los últimos años de un urbanismo muy expansivo en el dominio público hidráulico (aguas, cauces, acequias, etc.) ha llevado al legislador a imponer la norma preventiva del artículo 99 bis-5.º del TR. Es inevitable también advertir en esta materia, y en ocasiones el Tribunal Supremo se hace eco expresamente de ello y se ve obligado a reflexionar (72), la gran dificultad de prueba que con frecuencia conlleva la defensa de derechos preexistentes frente a los nuevos derechos sobre aguas del acuífero.

#### D) UNA ARGUMENTACIÓN EN LEGÍTIMA DEFENSA

Por cierto que esta cuidada explicación mía sobre la protección de los derechos preexistentes, y por extensión toda mi monografía de 1996, ha recibido la crítica radical y despreciativa de un colega mío zaragozano, quien, con sólo dos muy simples y endebles argumentos concretos, ha pretendido

---

(70) El artículo 76 del TR, en cuya compleja explicación no cabe entrar aquí, parece mostrar también una conexión con el artículo 59-3.º del TR. Lo que está detrás de esta regulación legal, defectuosa y peligrosa para la seguridad jurídica, es el erróneo concepto de propiedad privada del agua como mero derecho de aprovechamiento, teoría que defendió, entre otros, Emilio PÉREZ PÉREZ, uno de los autores de la Ley de Aguas de 1985. Y dicho erróneo concepto parece contaminar también el concepto mismo de concesión administrativa. Cfr. mi libro *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, 1990, págs. 42 a 51. Y sobre todo, cfr. mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 475 a 481 y nota 149 para la crítica al pensamiento del autor citado.

(71) Cfr. de nuevo mi libro de 1990, págs. 121 a 128. También, aceptando sustancialmente esa explicación mía y remitiéndose a la misma en bloque, Sebastián MARTÍN RETORTILLO, en su libro *Derecho de aguas*, 1997, pág. 157 y notas 133-134.

(72) Cfr., por ejemplo, la sentencia contencioso-administrativa del TS de 9 de octubre de 1987 (*RAr.*, núm. 7131), que afirma que no puede exigirse en esto una prueba concluyente, exacta y actual de las afecciones. Y en la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 27 de septiembre de 2004 (*RAr.*, núm. 5972) se desestima el motivo de casación basado en la vulneración de las reglas de la prueba, afirmando que estaba constatada la existencia en el mismo perímetro de otros 69 pozos, de modo que, aunque se limitase el bombeo del pozo nuevo cuestionado, no podrían obtenerse resultados concluyentes. Y se constata la dificultad de encontrar un perito, por no poseer ningún colegiado del Colegio Oficial de Ingenieros de Minas de Cataluña un aparato que, al parecer, se necesitaba, denominado «Flowmeter».

descalificar de un plumazo el conjunto de mi voluminosa monografía e incluirme, en consecuencia, en su opinión, en el grupo, que parece considerar desde fuera y desde lo alto como muy amplio, de los que llama *malos profesores*. Afirma, entre otras cosas de tono similar, que «*agotado por tantas horas de estudio baldío*» me habría mostrado «*espantado ante el horrible planteamiento de tener que discurrir constructivamente sólo cinco minutos*» (73). Veamos sus dos argumentos. Según el primero mi explicación habría puesto un énfasis exagerado en la cuestión de las distancias legales mínimas entre pozos, con lo que mi palabrería, explica, le suena totalmente caduca y ridícula al contemplar posibles soluciones a conflictos sobre pozos con el anticuado procedimiento de *medir los pasos* entre los mismos. Según el segundo argumento del autor, yo defendí —y es cierto, con los matices que ahora precisaré— que todavía podría entenderse defendible bajo la actual legislación, en ciertos casos, la utilización del antiguo *interdicto administrativo* del artículo 23 de la Ley de Aguas de 1879 ejercitado inicialmente ante el Alcalde. Esta opinión la presenta como absolutamente ridícula y risible.

En cuanto a las distancias denominadas por algunos «áticas», o distancias legales mínimas entre pozos, no es cierto en absoluto que yo enfatizara demasiado ese planteamiento puesto que casi sólo le dediqué página y media (cfr. págs. 272 y 273) en un libro que tiene 877 páginas, recogiendo por cierto allí lo que sigo considerando mejor de la doctrina y jurisprudencia sobre el asunto. Y esa explicación está situada en un contexto que sigo viendo como muy adecuado, como es el del estudio de en qué casos bajo la antigua legislación podían entenderse ilegales los alumbramientos clandestinos de aguas subterráneas, cuestión no estudiada en profundidad antes por nadie entre nosotros y muy importante, porque casi todos los pozos alumbrados durante décadas en nuestro país lo fueron clandestinamente, y porque todavía hoy,

---

(73) Se trata de Antonio EMBID IRUJO, Catedrático de Derecho Administrativo en Zaragoza, en su recensión al libro de Emilio PÉREZ PÉREZ, *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, recensión publicada en la Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 12, 1998, págs. 465 a 469, y en particular, sobre todo, págs. 467-468. Conviene advertir que el autor no llega en ningún momento, con criterio bien tortuoso y discutible, a mencionar mi nombre (o sea, el nombre del autor cuyo libro critica tan acerbamente), pero en la frase final hace un guiño al lector dando a entender que él habrá adivinado perfectamente el fantasmal destinatario de sus críticas. Ignoro si ese guiño sería o no suficiente para sacar de la duda a los posibles lectores de su recensión en mi Facultad de Derecho de Zaragoza. Pero al menos fuera de la misma lo escrito por este autor supongo que tendría que producir, cuando menos, perplejidad y asombro en el lector sensato. El profesor EMBID intentaba, ya se verá que muy torpemente, oponerse a las muy concretas críticas que yo había formulado a la mala técnica de la Ley de Aguas de 1985 y a los tremendos errores doctrinales escritos por alguno de los autores conocidos de esta Ley. A Emilio PÉREZ PÉREZ, en particular, le califica como un gran «sabio», opinión en la que, después de conocida a fondo la obra de este autor desde hace muchos años, estoy en radical desacuerdo.

bajo la nueva y vigente legislación, parece depender de esa posible legalidad o ilegalidad originarias el que exista o no ahora la propiedad privada de las aguas del correspondiente alumbramiento. El Libro Blanco del Agua en España de 2000 cita expresamente este análisis de mi libro de 1996, afirmando que permite entender mejor la enorme expansión de las aguas subterráneas en España en las últimas décadas (cfr. pág. 340 del LBA).

Pero es que además, las distancias legales mínimas entre pozos no son cosa sólo del pasado, puesto que los artículos 184-1.º, 188-2.º y 87-2.º y 3.º del Reglamento de Dominio Público Hidráulico siguen insistiendo en esa idea, lo mismo en la versión originaria de 1986 que tras la amplia reforma reglamentaria de 2003, y el primer precepto ordena a los planes hidrológicos de cuenca que fijen esas distancias legales mínimas, lo que han hecho en efecto la mayoría de dichos planes. Y también el Reglamento para la Planificación Hidrológica, tanto en su versión de 1988 (art. 84, apartado 4.º), como en su versión muy ampliada de 2007 (art. 54, apartado 4.º), establecen que el plan hidrológico fije las distancias legales mínimas entre aprovechamientos en cuanto a las masas de agua subterránea. A mayor abundamiento, también alude al tema el artículo 590 del Código Civil, que sigue vigente y supletoriamente aplicable en su caso. Y el artículo 259, apartado 1.º, letra b), del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, también exige, al tratar el tema de los vertidos en aguas subterráneas, que se tome en cuenta la *proximidad* entre captaciones. Y ni que decir tiene que la importante doctrina y jurisprudencia que yo recogí en mi libro de 1996, representativa de un siglo de experiencia en la cuestión, es precedente importante e ineludible para reflexionar sobre todos estos nuevos pero continuistas preceptos sobre las distancias legales mínimas entre pozos de la legislación actualmente vigente.

En cuanto a la posibilidad de que todavía resulte aplicable el antiguo *interdicto administrativo* del artículo 23 de la Ley de Aguas de 1879 e inicialmente ante el Alcalde, lo defendí como algo discutible y que ya estaba poco claro y discutido antes de la Ley de Aguas de 1985 (cfr. págs. 697-698) y como algo posiblemente alternativo como solución al ejercicio inicial del mencionado *interdicto* frente al Organismo de cuenca, y en el contexto de una explicación compleja y creo que muy bien informada que no tendría sentido reproducir aquí. La explicación no era nada ridícula, y sí perfectamente defendible, puesto que estaba contemplando la protección posible a aguas de propiedad privada, y la Ley de Aguas de 1985 partió, como se ha explicado, de un principio o regla general de irretroactividad sobre todas las aguas privadas (apartado 1.º de la Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup>), lo que representa un cierto mantenimiento genérico de «vigencia» de la Ley de Aguas anterior de 1879, con inclusión perfectamente posible o defendible de contenidos suyos atinentes a la competencia de órganos administrativos, y que perfectamente podía incluir el antiguo artículo 23 en sus propios términos y con la corres-

pondiente competencia del Alcalde, artículo que había sido utilizadísimo durante más de un siglo (74).

Todo ello además, en el contexto de la difícilísima explicación del artículo 72-3.º de la Ley de Aguas (hoy, art. 80-3.º del TR). A mayor abundamiento, el artículo 335 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, con una regla que estaba ya en la versión inicial de 1986 y que se ha mantenido en todas las reformas posteriores del Reglamento, contempla la colaboración

---

(74) Veamos lo que ha decidido el Tribunal Supremo después de 1986 sobre esta cuestión. Es cierto que en algunas sentencias, siempre sin una reflexión detenida o seria sobre las Disposiciones Transitorias de la Ley de Aguas de 1985, ha sostenido el TS que, tras su entrada en vigor, resultarían inaplicables los artículos 23 y 24 de la antigua Ley de Aguas de 1879 o la correspondiente competencia municipal o del Alcalde. Por ejemplo, en la sentencia contencioso-administrativa de 22 de marzo de 1991 (*RAr.*, núm. 2250); o en la sentencia civil de 3 de diciembre de 1991 (*RAr.*, núm. 8911, aunque en esta sentencia sólo por no considerar probados los hechos que darían lugar a la aplicabilidad del artículo 23 de la Ley de 1879); y en la sentencia contencioso-administrativa, de 25 de abril de 1997 (*RAr.*, núm. 3274, aunque en esta sentencia sí se consideró aplicable el artículo 23 de la Ley de 1879, pero considerando que la competencia había pasado del Alcalde a la Administración hidráulica).

Pero ya se ve que, dos de esas tres sentencias, más bien presuponen al menos la aplicabilidad de los artículos 23 y 24 de la Ley de 1879 ya vigente la Ley de 1985. Y lo mismo otras varias sentencias del TS que no reflexionan, en general, específicamente sobre de quién sea la competencia administrativa, y que parecen referirse (aunque caben ciertas leves dudas en algunos casos) a supuestos en los que estaba ya en vigor respecto del supuesto correspondiente la Ley de 1985. Así, la sentencia civil de 12 de diciembre de 1990, en la que no se datan los hechos ni el alumbramiento pero en la que la sentencia de Primera Instancia es de 14 de junio de 1987 (CL, 1990, núm. 781, págs. 1107 y sigs., y *RAr.*, núm. 9996). O la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 17 de mayo de 1996, que incluso defendió, aunque sin ser *ratio decidendi*, que la competencia para aplicar el artículo 23 de la Ley de 1879 correspondía al Alcalde (cfr. Fundamento de Derecho 1.º) (*RAr.*, núm. 4443). O la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 2 de julio de 1997 (*RAr.*, núm. 5828). O la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 9 de junio de 1998 (*RAr.*, núm. 5718). O la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 22 de junio de 2000, que aplica los artículos 23 y 24 de la Ley de Aguas de 1879 y acepta la denegación por la Administración autonómica e hidráulica de Cataluña, cuya competencia había sido discutida, de la autorización de un sondeo que había solicitado una empresa de curtidors, pero a la que se habían opuesto propietarios vecinos y titulares de derechos preexistentes sobre el agua (*RAr.*, núm. 4602).

En fin, la aplicabilidad del artículo 23 de la Ley de 1879, ya vigente la Ley de 1985, y la correspondiente competencia municipal para suspender la perforación de pozos (o más exactamente, la del Gobernador Civil, revocando un acuerdo municipal que había negado la aplicabilidad de ese artículo 23 de la Ley de 1879) la ha defendido, con razón y en la línea de lo que yo había considerado defendible, la sentencia contencioso-administrativa del TS de 26 de abril de 1993 (*RAr.*, núm. 2745). El Tribunal Supremo aceptó que el Gobernador Civil, cuya competencia administrativa defendió expresamente siguiendo a la sentencia apelada del Tribunal Superior de Justicia de Granada, de 28 de mayo de 1990, suspendiera la ejecución de un sondeo por aplicación del artículo 23 de la Ley de Aguas de 1879. Y naturalmente que el que hoy esté suprimida la figura del Gobernador Civil no le quita valor indicativo a esta sentencia ni permitiría criticar en absoluto la explicación que di sobre esta cuestión en 1996.

de los Alcaldes con los Organismos de cuenca en sus labores de inspección y policía sobre las aguas. Y véase también, en parecidos términos, el llamamiento al Alcalde del artículo 201-1.º del mismo Reglamento. En fin, ya he indicado en nota también que precisamente toda esta parte de mi libro (el de 1990, pero la explicación es sustancialmente coincidente en mi posterior libro de 1996, al que se refiere la feroz crítica de mi colega zaragozano que he recordado) sobre la protección de derechos preexistentes había sido expresamente aceptada en bloque por el profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO (q.e.p.d.), para casi todos nuestra primera autoridad en Derecho de aguas.

Como conclusión de este ejercicio de legítima defensa que me he visto forzado a realizar, afirmaré que uno desearía fervientemente que todas las críticas rotundas, descalificadoras, generales y desabridas que haya de recibir en su obra o en su persona resultaran tan mal informadas y tan sencillas de rebatir como las aquí recordadas (75).

#### E) EL ARTÍCULO 54.2.º DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE AGUAS

El artículo 54.2 del Texto Refundido sustrae al control administrativo habitual de las aguas públicas el aprovechamiento por el dueño de la finca (hay que entender que por él, aunque el precepto no le alude expresamente) de aguas de pequeños manantiales y pozos de hasta un total de 7.000 metros

---

(75) Puedo explicar además al lector que la frivolidad de las críticas recordadas del profesor EMBID IRUJO respecto de mi libro de 1996, deben enjuiciarse junto al curioso dato, que puedo afirmar sin temor a equivocarme (yo sí suelo leer habitualmente a mi colega en sus trabajos sobre aguas, a veces incluso con provecho), de que esas pintorescas alusiones a mi libro son las únicas que ha realizado en toda su bastante extensa obra de muchos años sobre las aguas, puesto que parece haber adoptado casi como un rígido criterio metodológico (sin duda justificadísimo, desde sus particulares opiniones, visto el criterio que sobre mí se ha atrevido a poner por escrito) el no recoger ni citar nunca, bajo ningún concepto, ninguno de mis numerosos trabajos sobre Derecho de aguas, ni siquiera para criticarlo con o sin argumentos. En general, el citado profesor mantiene una actitud despectiva y de completo desinterés sobre toda la doctrina civilista relativa a aguas. Curiosamente, el maestro del profesor EMBID, Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, conocido y amigo mío desde hace cuatro décadas, en el prólogo que puso a mi primer libro sobre Derecho de aguas de 1990 recriminaba a algunos de sus colegas administrativistas en general el que, siendo que yo les citaba a ellos, ellos no me hubieran citado, por entonces, a mí. Incluso puedo contar que yo empecé a ocuparme de las aguas, en particular subterráneas, por la amable y persistente insistencia del profesor MARTÍN RETORTILLO, en la época en la que elaboraba mi tesis doctoral de Derecho Civil sobre la ocupación. Ya se ve, por tanto, el poco caso que el profesor EMBID hizo a su maestro en un consejo tan sabio como el de procurar escribir habiéndose enterado antes seriamente del estado de la cuestión sobre los temas, y de qué metodología tan distinta parte de la que siempre ha practicado y enseñado su maestro. Para la mencionada opinión del profesor MARTÍN RETORTILLO, cfr. su prólogo a mi libro *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Publicaciones Universitarias de Zaragoza, 1990, pág. XII.

cúbicos anuales. Se trata indudablemente de un uso privativo de aguas públicas por disposición de ley (cfr. arts. 52.1, 53.5 y 59.1 del Texto Refundido) y así lo ha reconocido la sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional (FJ núm. 23, letra e). Estas aguas cuasiprivadas se destinarán a un uso doméstico, siendo, al parecer, indisponibles jurídicamente (cfr. art. 84.3 del Reglamento de 1986-2003, aunque este precepto sea poco coherente con la regulación legal de los arts. 63 y 67 y sigs. del TR). Sobre extinción de estos derechos véase el artículo 169 del Reglamento de 1986-2003. Estos derechos son inmatriculables tanto en el Registro de Aguas como en el Registro de la Propiedad.

Pese a su aparente sencillez, el artículo 54.2 plantea un difícil problema de delimitación de su ámbito y de armonización con las Disposiciones Transitorias 2.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup> del Texto Refundido. Es dudoso si dicho precepto se aplicará sólo en los supuestos en que el dueño de la finca no tenga ningún otro derecho sobre las aguas originadas en esa finca, como parece sugerir la ratio del precepto, o si podrá aplicarse acumulativamente en casos en que el dueño de la finca tenga ya o adquiera otros derechos distintos sobre las aguas de su finca. El precepto parece irretroactivo, aplicable sólo a manantiales y pozos formados o alumbrados después del primero de enero de 1986, fecha de entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, y probablemente sólo cuando (y mientras) el dueño de la finca carezca de todo otro derecho (propiedad o concesión administrativa) sobre las aguas originadas en su finca.

Creo que introducir este precepto del artículo 54-2.<sup>o</sup> TR fue un error de nuestro legislador de 1985 (76). Sólo tenía sentido en un esquema de total publicación de todas las aguas privadas, que estaba en los anteproyectos de ley, pero al que finalmente renunció el legislador. En particular, en relación a los manantiales naturales, que desde hace muchos años disminuyen en lugar de aumentar, parece que el artículo 54-2.<sup>o</sup> del TR no se aplicará de momento prácticamente nunca, quedando todos los manantiales bajo la aplicación de ámbito mayor de la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> del TR.

Sólo cuando, a partir del 1 de enero de 2036, los *aprovechamientos temporales de aguas privadas* se transformen en concesiones administrativas, tendrá operatividad este precepto pensado originariamente como una atenuación o consolución frente a la nacionalización de las aguas privadas diferida, para algunos casos, a esas lejanas fechas. Pero, incluso para entonces, parece oscuro y problemático el sentido del precepto, al estar previsto que el ex dueño de las aguas privadas del manantial o pozo obtenga una concesión

---

(76) DÍAZ MORA, José, afirma, con razón, que la gran cantidad de estos pequeños pozos que existe no los hace, ni mucho menos, despreciables en el balance global de las extracciones de un acuífero. Cfr. «La clarificación jurídica en los acuíferos sobreexplotados. El caso de La Mancha Occidental», en el libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín, 2002, pág. 253.

administrativa sobre las aguas devenidas públicas por ministerio de la ley y en principio sobre la total cuantía de las aguas que tuviera el manantial o pozo, dentro de la que no se ve para qué habría de permanecer subsumida esta titularidad especial y cuasiprivada sobre una parte (7.000 metros cúbicos anuales) de esas mismas aguas objeto de concesión. Se le daría a esa concesión, toda ella sobre aguas públicas, una especie de extraño e innecesario carácter mixto en su régimen jurídico. Una vez más comprobamos que en materias próximas al Derecho Civil o simplemente difíciles la Ley de 1985 flojea en su consistencia técnica.

Además, este precepto del artículo 54.2 TR, combinado con los artículos 414 y 417 del Código Civil, que no han sido derogados, puede desvirtuar en importante medida el control administrativo de los futuros alumbramientos de aguas subterráneas que la Ley parece querer procurar. Parece muy probable que se haya hecho y que se haga en el futuro un uso excesivo o abusivo de este artículo 54.2 del TR, en detrimento de la necesaria autorización administrativa previa exigida legalmente para investigar aguas subterráneas (art. 74 TR). No parece haber de momento, ni será fácil que haya en el futuro, dada además la escasa cuantía de los asuntos relacionados con este precepto, jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el mismo.

Según la Disposición Adicional 7.<sup>a</sup>, apartado 2.<sup>o</sup> del TR de 2001, a estos aprovechamientos del artículo 54-2.<sup>o</sup> TR se les podrán imponer limitaciones por el cauce del artículo 58 del TR, en situaciones de urgencia, sin que las mismas den lugar a indemnización, lo que es perfectamente lógico.

El Decreto catalán 328/1988, de 11 de octubre, sometió a autorización administrativa previa de la Junta de Aguas la apertura o alumbramiento de estos (en teoría) pequeños pozos del artículo 52-2.<sup>o</sup> de la Ley de Aguas de 1985 (cfr. arts. 1-2.<sup>o</sup>, letra b, y 9 del Decreto). Intento completamente razonable en su intención, pero creo que ilegal. Aparte del mayor rango de la norma del artículo 52-2.<sup>o</sup> de la Ley de 1985 (54-2.<sup>o</sup> TR), la misma tiene carácter de legislación básica del Estado (cfr. FJ 23, letra e, de la sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre).

#### F) LA PROTECCIÓN DE LA CALIDAD DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS PÚBLICAS

Ya se ha indicado que es tradicional en nuestro país la actitud de despreocupación por la contaminación de los acuíferos. Esa actitud ha favorecido que bastantes de nuestros acuíferos estén hoy ampliamente contaminados por salinización, por influencia de los nitratos, de los metales pesados y de plaguicidas y otros compuestos orgánicos, como explica cumplidamente el Libro Blanco del Agua de 2000, documento que también explica la enorme dificultad técnica y gran costo económico de las operaciones de descontaminación de acuíferos,

por lo que recomienda, con toda razón, que se inspiren los agentes sociales y la Administración en el principio de prevención o precaución.

La Ley de Aguas de 1985 muestra una encomiable preocupación, en general, por la protección de la calidad de las aguas continentales, aunque acogió criterios discutibles y discutidos sobre la regulación de los vertidos y omitió regular en aquella versión originaria el fenómeno muy importante de la llamada contaminación difusa, debida sobre todo a actividades agrícolas y ganaderas. La cuestión fue luego abordada por el Decreto 261/1996, de 16 de febrero. Y las leyes 46/1999 y la del Plan Hidrológico Nacional de 2001 han mantenido y procurado robustecer los instrumentos jurídicos creados a este fin de la protección de la calidad del agua por la Ley de 1985. Aparte de la normativa sobre aguas, estatal o autonómica, tiene mucha importancia en esta materia la normativa sobre competencias de los municipios y la sectorial, desde el benemérito Reglamento estatal sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas contenido en el Decreto de 30 de noviembre de 1961, que mantiene en parte su vigencia, hasta las leyes estatales reguladoras de los residuos peligrosos como la Ley 20/1986 y su reglamento contenido en el Decreto 833/1988 y hoy la Ley 10/1998, de 21 de abril. Hay también legislaciones autonómicas sobre los residuos.

Entre los instrumentos de la legislación estatal, cabe mencionar, aparte de la misma planificación hidrológica en su conjunto, las zonas de protección especial (art. 43-2.º TR); la sobreexplotación de acuíferos y perímetros de protección (art. 56 TR); protección de zonas húmedas (art. 111 TR); el conjunto de medidas y competencias reguladas en los artículos 92 a 99 del TR; la casi absoluta prohibición de vertidos (art. 102 TR), que no parece dejar casi resquicio a la aplicabilidad aquí del canon de vertidos (77), aunque desde la Ley 46/1999 se liquida también, muy razonablemente, el canon de vertidos por los realizados clandestinamente o sin autorización (art. 105 TR); la potestad sancionadora de la Administración hidráulica (art. 116 y sigs. TR); y la responsabilidad civil por daños al dominio público hidráulico (art. 118 TR). Los artículos 325 a 331 del vigente Código Penal de 1995 regulan los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (78). Los tribunales penales suelen ser bastante restrictivos en la aplicación de estos tipos penales, con frecuencia tipificados en forma vaga o deficiente (79).

---

(77) Cfr. SANZ RUBIALES, Íñigo, *Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico*, 1997, pág. 103 y sigs. y 173 y sigs. y 260. Véanse sobre vertidos en aguas subterráneas, los artículos 257 a 259 del Reglamento de 1986-2003.

(78) Cfr. sobre esto el libro de BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua a través del Derecho Penal*, José María Bosch Editor, 2000, 607 págs.

(79) En el año 2003 informó la prensa de que fueron procesados el entonces Presidente y otros altos funcionarios de la Confederación Hidrográfica del Segura por, al parecer, los pretendidos abusos cometidos por algunos agricultores con pozos ilegales en

Desde hace un cuarto de siglo inciden también en las técnicas de protección y objetivos de calidad de nuestras aguas subterráneas buen número de directivas del Derecho Comunitario europeo, como la Directiva 80/68, de 17 de diciembre de 1979, sobre aguas subterráneas; la Directiva 85/337, de 27 de junio de 1985, que dio lugar a la Declaración de Impacto Ambiental; y la Directiva-marco europea 2000/60, de 23 de octubre, que aspira a armonizar y resumir en buena medida las diversas directivas anteriores. La Declaración de Impacto Ambiental, creación más destacada de toda esta regulación europea, inspirada en el Derecho norteamericano, fue regulada inicialmente en nuestro país por el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio. Esta norma ha tenido que ser reformada para integrar una nueva directiva europea, la Directiva 97/11/CE, de 3 de marzo, y la sentencia del Tribunal Constitucional, de 22 de enero de 1998. La reforma se ha llevado a cabo primero por el Real Decreto-ley 9/2000, de 6 de octubre; y, finalmente, por la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del mencionado Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación del impacto ambiental. Esta normativa tiene carácter básico, pero coexiste con normativas autonómicas del mismo tipo y significado. Más recientemente, la Ley estatal 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, ha creado la llamada *autorización ambiental integrada*, al trasponer al Derecho español la Directiva 96/61/CE, de 24 de septiembre de 1996. Hoy contamos también con la Directiva 2006/118/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a las aguas subterráneas.

Ateniéndonos a la normativa estatal simplemente, digamos que su ámbito de protección respecto de las aguas en general y respecto de las aguas subterráneas en particular es, en teoría, bastante amplio y que esta normativa fija multas de enorme cuantía para las infracciones muy graves (2.404.048,40 euros, o sea 400 millones de pesetas) (80). Pero, aun así, la normativa estatal de aguas todavía supera o amplía ese teórico amplio marco de protección de

---

la cuenca de ese río. Realmente, el Segura se ha convertido en un río fantasmal, que casi nunca lleva agua. Y no es el único. Pero a mí me parece que, con una Ley como la que se hizo en 1985, este lamentable resultado era muy difícilmente evitable. En otro sentido, en la sentencia penal del TS, de 30 de mayo de 2007 (*RAr.*, núm. 3725) se dan por buenas las tomas de muestras y pruebas sobre contaminación de aguas de acuíferos (prueba pericial química) realizadas por el Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil (SEPRONA), con cita de abundante jurisprudencia del propio TS y del Tribunal Constitucional.

(80) Esta normativa, enumerándolos en diversos anexos, distingue un grupo de proyectos y obras que deben ser sometidos obligatoriamente a Declaración de Impacto Ambiental y otro grupo de proyectos y obras, en principio de importancia menor que los anteriores, que son sometidos a la misma cuando la Administración (el «órgano ambiental» competente) lo decida así discrecionalmente. Más de una docena de normas incluyen diversas obras o proyectos relativos a aguas subterráneas, o relacionables con las mismas, en uno u otro anexos.

la genérica Declaración de Impacto Ambiental (81). Véase, en efecto, siguiendo la estela del originario artículo 90 de la Ley de Aguas de 1985, de texto genérico y amplísimo (82), el nuevo texto del artículo 98 del Texto Refundido de Aguas de 2001, en versión procedente de la Ley 46/1999 (art. 90). Y véase también, en la misma línea, el artículo 59 de la Ley de Costas de 1988. El mero otorgamiento de una autorización administrativa o de una concesión sobre aguas públicas puede dar lugar a la necesidad del trámite de una Declaración de Impacto Ambiental, lo que en principio puede parecer un tanto excesivo. La Declaración de Impacto Ambiental es un instrumento jurídico que está empezando a arraigar en nuestro Derecho y en el que algunos tienen puestas grandes esperanzas. Ya me he referido también, al final del segundo epígrafe de este trabajo, a la incidencia para las aguas subterráneas de la nueva Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

Por el momento, a pesar de la amplia batería de instrumentos jurídicos que ha previsto la legislación para velar por la protección de la calidad de las aguas, la doctrina advierte que, salvedad hecha del importante y eficaz control sanitario del agua potable y del abastecimiento de poblaciones (83), toda esta legislación ha tenido una incidencia escasa y que las normas de poco sirven en este concreto ámbito cuando falta la voluntad política y cuando la Administración no está dotada de medios humanos y materiales para afrontar con seriedad el ejercicio de estas competencias (84). Es de esperar que la mayor preocupación por la calidad del agua que inspira las normas vigentes se vaya abriendo paso pero lentamente (85). Además, como he advertido ya,

---

(81) Cfr. UTRERA CARO, Sebastián, «La evaluación de impacto ambiental de las obras hidráulicas», en el *Comentario a la legislación de evaluación de impacto ambiental*, dirigido por Tomás QUINTANA LÓPEZ, 2002, pág. 233 y sigs.

(82) Ese artículo 90, originario de la Ley de Aguas, muchos años vigente, no parece haber producido apenas jurisprudencia del TS. La sentencia contencioso-administrativa del mismo, de 30 de mayo de 2001 (*RAr.*, núm. 4550) consideró inaplicable ese precepto en un caso de un pozo de aguas privadas inscrito en el Registro de Aguas y consideró además el precepto como norma de carácter excepcional respecto del uso especial o privativo del agua.

(83) Tema éste sobre el que la preocupación sigue manteniéndose viva, con toda razón. La Ley 11/2005, de 22 de junio, ha introducido una nueva Disposición Final 4.ª al TR de aguas en la que ordena al Gobierno regular, entre otras cosas, la *protección de las captaciones* de aguas destinadas al consumo humano.

(84) Cfr., por ejemplo, CALVO CHARRO, María, *El régimen jurídico de los humedales*, 1995, págs. 300-301; o también SANZ RUBIALES, Íñigo, «La contaminación de las aguas subterráneas en España: diagnóstico y propuesta de actuaciones», en el libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín, Mundi Prensa, 2002, págs. 101 y sigs. y 120.

(85) Un paso significativo en esa dirección lo constituye la sentencia contencioso-administrativa del TS de 4 de mayo de 2006 (*RAr.*, núm. 3033), que declaró no haber lugar al recurso contencioso-administrativo presentado contra el Decreto 436/2004, de 12 de

se solía afirmar con razón que dificultaba mucho los controles de los funcionarios de la Administración hidráulica el hecho de que para entrar en las fincas privadas, dentro de las que se realizan con frecuencia las actividades contaminantes, aquéllos necesitasen una previa autorización judicial según exige el artículo 91-2.º reformado de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y el artículo 8-5.º de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (86). Esto último, con todo, ha sido razonablemente modificado en el nuevo artículo 94-3.º del TR, según su versión precedente de la Ley 11/2005, de 22 de junio, que posibilita ampliamente a los agentes de la Administración la entrada en fincas y ámbitos privados.

#### IV. LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS PRIVADAS

##### A) LA PROPIEDAD PRIVADA DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

Durante los últimos veinticinco años de vigencia de la anterior Ley de Aguas de 1879 se difundió bastante en la doctrina, sobre todo administrativista, una idea según la cual la llamada propiedad privada de ciertas aguas corrientes, como las de los manantiales naturales, no era una verdadera propiedad privada, sino un mero derecho real de aprovechamiento privado de una corriente de agua pública, que incluso era, dicho derecho, según algunos, derecho accesorio a la finca e indisponible jurídicamente (no susceptible de venderse o enajenarse). Y algún autor había extendido esa explicación relativa a un mero derecho de aprovechamiento e indisponible, sin razón en absoluto a la vista de la tradición histórica y de la tajante letra de aquella legalidad, incluso a las corrientes de aguas subterráneas alumbradas (87).

Sin embargo, los argumentos de dicha teoría son en realidad muy endebles (88) y, por otra parte, dicha equivocada teoría no ha tenido ninguna

---

marzo, sobre tratamiento de purines, dictado al final de la etapa de Gobierno del PP, e interpuesto por la Asociación de Empresas para el Desimpacto Ambiental de los Purines.

(86) Cfr., por ejemplo, mi libro sobre aguas subterráneas de 1990, págs. 39-40; o SANZ RUBIALES, Iñigo, «La contaminación de las aguas subterráneas en España: diagnóstico y propuesta de actuaciones», en el libro colectivo, *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, 2002, pág. 107.

(87) Cfr., en tal sentido, PÉREZ PÉREZ, Emilio, en su comentario a la Ley de Aguas en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, de EDERSA, dirigidos por el profesor ALBALADEJO, Tomo 5.º, 1991, págs. 11 a 17, y esta última, sobre todo, y para la indisponibilidad de las aguas subterráneas, muy oscuramente, págs. 31-32, 578-579 y 583. Más abajo veremos que el TS no ha dado la razón en absoluto a esta infundada opinión.

(88) Esta cuestión, que considero cardinal, la tengo explicada, entre otros lugares, y con amplia información doctrinal, en mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, de 1996, págs. 381 a 450. Posteriormente vino a coincidir sustancialmente con esa explicación,

influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que durante más de un siglo ha sostenido siempre sin ninguna vacilación que la propiedad privada de las aguas, corrientes o no, y aunque con límites legales, era una de las clases de propiedad privada. Alguna vez recuerda el Tribunal Supremo la terminología del Código Civil de *propiedad especial* (89). Y en particular, también eran muy abundantes las sentencias del Tribunal Supremo que, aplicando la Ley de Aguas de 1879, reconocían o presuponían la plena disponibilidad o transmisibilidad jurídica sobre las aguas privadas (90).

---

cambiando su opinión anterior, citándome, y aunque citando mi menos completo libro de 1990 y con alguna vacilación en algún punto, la explicación del profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO, a quien muchos consideramos la primera autoridad española en Derecho de aguas. Cfr. su *Derecho de aguas*, 1997, págs. 151 a 157, entre otras. Por lo demás, la brillantísima explicación de la célebre Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866, atribuida al excelente jurista Pedro GÓMEZ DE LA SERNA y verdadero monumento de la historia del Derecho español de todos los tiempos, ya había dejado tajantemente zanjada y explicada la cuestión de la posibilidad de la propiedad privada sobre aguas corrientes, como tengo recogido en mi citado libro de 1996, págs. 382-383. A partir de entonces (1866), y durante un siglo, la doctrina ya no dudó seriamente sobre la posibilidad de la existencia de una propiedad privada sobre las aguas corrientes, aunque la falta de sentido histórico de la doctrina administrativista creó en los últimos veinticinco años la falsa polémica (sólo académica y sin apenas trascendencia jurisprudencial) a la que me refiero en el texto y que tanto ha degradado la técnica de la Ley de Aguas de 1985 y ha enturbiado su dogmática profunda. En la doctrina administrativista actual sigue faltando, al parecer, en gran medida, el conocimiento de esta realidad incuestionable de la existencia de una auténtica propiedad privada del agua como punto de partida para todo lo demás y como categoría claramente contrapuesta a la del dominio público del agua. EMBID IRUJO, Antonio, por ejemplo, ha vuelto a argumentar, pero desde un plano difuso de política legislativa y de Derecho comparado, y omitiendo la tajante y rotunda toma de postura en esto del Derecho español en las Leyes de 1866 y 1879, que es el que nos interesa, sobre una pretendida dificultad objetiva de configurar conceptualmente una propiedad privada sobre el agua, lo que, por cierto le lleva, al final de su trabajo, que pretende inspirar en un pensamiento político progresista, a considerar que no sería imprescindible la nacionalización de las aguas privadas en el futuro. Cfr. «A vueltas con la propiedad de las aguas. La situación de las aguas subterráneas a veinte años de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Algunas propuestas de modificación normativa», en *Propiedades públicas*, número extraordinario de *Justicia Administrativa*, 2006, págs. 185 y sigs. y 204-205.

(89) Cfr., por ejemplo, la sentencia contencioso-administrativa del TS de 30 de junio de 1998 (*RAr.*, núm. 5903).

(90) Cfr. de nuevo mi libro de 1996, págs. 420 a 433, donde aporto toda esa abundante y significativa jurisprudencia, que no he visto estudiada en ninguna otra obra, aparte de las argumentaciones jurídicas sobre la cuestión que considero correctas. Es posible, con todo, que la defectuosa doctrina que señalo en el texto haya causado algunos perjuicios, incluso antes de la Ley de Aguas de 1985, a la hora de oscurecer el concepto claro de lo que debía ser la cuantía de los derechos de propiedad privada sobre aguas. Por ejemplo, la sentencia civil del TS, de 31 de enero de 1980 (*RAr.*, núm. 339) afirmaba erróneamente, en mi opinión, que aunque un manantial natural propiedad de un heredamiento canario tenía un caudal de dos litros por segundo, según unos oforos oficiales recogidos en una escritura pública notarial, ello no probaba suficientemente que ese volumen de agua hubiera sido efectivamente aprovechado por el heredamiento y que lo respetable de ese derecho era únicamente lo «realmente aprovechado» de ese caudal posible y legalmente aprovechable.

Ahora bien, las injustificadas dudas de la doctrina sobre si era o no posible una verdadera propiedad privada sobre el agua corriente en la anterior normativa han enturbiado un tanto la terminología de la Ley de Aguas de 1985 e incluso la de la importante sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico núm. 6). En cuanto a la primera (hoy, el TR de 2001) elude siempre el término *dominio* o *propiedad privada* y se refiere en dos ocasiones a *aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a esta ley* (cfr. la Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup> del TR vigente, que recoge tres veces esa frase). Es un ejemplo perfecto de cómo la degradación doctrinal acaba produciendo degradación de la técnica legislativa.

Sin embargo, pese a esta ambigüedad terminológica de la Ley de 1985, es evidente que las Disposiciones Transitorias de la Ley de 1985 mantuvieron la propiedad privada sobre ciertas aguas (sobre las de los pozos, en particular). La letra del apartado 2.<sup>o</sup> de la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> de la Ley 46/1999 ha venido a dar un nuevo indicio de esta indiscutible interpretación (hoy Disposición Adicional 7.<sup>a</sup>, apartado 2.<sup>o</sup> del TR). Y lo mismo los nuevos rótulos puestos a las Disposiciones Transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> por el TR de 2001, en los que se alude, por fin con propiedad, a *titulares de derechos sobre aguas privadas* procedentes de manantiales o de pozos. Y este planteamiento de pervivencia de la propiedad privada sobre ciertas aguas ha quedado todavía más claro en las leyes canarias de aguas de 1987 y de 1990. En realidad, del apartado 1.<sup>o</sup> de la Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup> de dicha Ley (y hoy del TR de 2001) se deducía, según he advertido ya, una regla general de pervivencia de la propiedad privada del agua para todas las aguas que eran privadas bajo la Ley de 1879. La pretendida dominialización de las aguas privadas por la Ley de 1985 fue, en realidad, una pseudodominialización.

La sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional reconoce también la pervivencia de la propiedad privada de ciertas aguas, aunque con menos claridad y rotundidad de la que hubiera sido conveniente (cfr. párrafo 2.<sup>o</sup> del Fundamento Jurídico núm. 8 y párrafo 4.<sup>o</sup> de los Fundamentos Jurídico 11.<sup>o</sup> y 12.<sup>o</sup>). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido también en muchísimas ocasiones la propiedad privada de ciertas aguas, como en la sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> de 28 de abril de 1994, en la que se reconoce la propiedad privada de unos pozos y su posible venta mediante un contrato privado de compraventa. O véanse también en el mismo sentido, y también sobre aguas subterráneas, las sentencias de la Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 6.<sup>a</sup>, del Tribunal Supremo de 30 de enero y 14 de mayo de 1996, la de 18 de marzo de 1999, y la de la Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 3.<sup>a</sup>, de 4 de marzo de 1998, y otras muchas sentencias más con posterioridad. Ninguna sentencia del Tribunal Supremo ha negado, por supuesto, el carácter de propiedad privada de las aguas privadas. Aun así, veremos también que la degradación técnica y terminológica de la Ley de Aguas de 1985 tampoco ha dejado de perjudicar, a veces, a la doctrina del mismo Tribunal Supremo.

Incluso antes de que entrara en vigor la perturbadora Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley 10/2001 del Plan Hidrológico Nacional, que comento posteriormente, podemos decir ya que la Ley de Aguas de 1985 dejó en mayor penumbra de la que ya tenía antes bajo la Ley de 1879 la cuestión absolutamente crucial de cuál sea la cuantía de los derechos de propiedad privada sobre aguas subterráneas alumbradas con anterioridad al 1 de enero de 1986, día de entrada en vigor de dicha Ley de 1985.

Aunque puedan ayudar en casos concretos, a ese respecto, las sentencias existentes sobre conflictos anteriores sobre dichas aguas, o las inscripciones de esos derechos en el antiguo Registro de Manantiales de la Administración Minera de 1934 o en el Registro de la Propiedad, el punto de partida creo que debe de ser el de que la cuantía de los derechos de propiedad sobre aguas alumbradas subterráneas se debe entender determinado desde las nociones de ocupación y, en su caso, pese a su menor utilidad en esto, accesión, que dieron causa a las adquisiciones de esas propiedades, como regla general, y que, para los *aprovechamientos temporales de aguas privadas* temporáneamente inscritos en el Registro de Aguas (inscritos en el plazo inicial de los tres primeros años), la Ley ha puesto, como excepción no generalizable, el difícilísimo límite o restricción de que se protejan o mantengan sólo en *lo que se refiere al régimen de explotación de los caudales* (91). Esta última expresión legal ha sustituido para mejor, aunque todavía con dudoso alcance, y gracias a la reforma por el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001, que ha reformado la redacción del apartado 1.<sup>o</sup> de las Disposiciones Transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la Ley de Aguas, la fórmula originaria de mantenimiento o respeto del *régimen de explotación de los caudales realmente utilizados*, puesto que esa redacción originaria, oscuramente y con escasa lógica, sólo afirmaba respetar derechos de propiedad sobre aguas de *pozos o galerías en explotación* al entrar en vigor la Ley de 1985 y ya se ve que, además, *realmente utilizados*. Ya se ha indicado también que en la nueva redacción del TR de 2001 se alude correctamente, en el rótulo de la Disposición Transitoria 3.<sup>a</sup>, a *titulares de derechos sobre aguas procedentes de pozos*.

En general, influida por la defectuosa terminología legal de las Disposiciones Transitorias de la vigente Ley de Aguas, y seguramente también que arrastrada por un planteamiento algo simplista de los recursos o demandas de los abogados, la abundante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sobre las mismas, discute de modo inmediato casi siempre sólo sobre las superficies concretas de riego a inscribir en los dos registros administrativos

---

(91) Sobre esta problemática limitación legal de la cuantía del objeto de los derechos de propiedad privada sobre aguas subterráneas inscritos en el Registro de Aguas, que es fruto de la falta de claridad de ideas y del insuficiente conocimiento de nuestra Ley de 1879 por los autores de la Ley de Aguas de 1985, véase el detenido análisis que realicé en mi libro de 1996, págs. 450 y sigs. y 481 y sigs.

sobre aguas existentes, y no sobre los caudales inscribibles, que son en rigor el verdadero objeto de la inscripción o inmatriculación, puesto que se trata de inmatricular en esencia la titularidad de derechos subjetivos de propiedad privada sobre caudales de agua determinados. Es también una mala línea de razonamiento la aceptada en alguna sentencia (92) de que, discutiéndose los caudales concretos de un pozo, se afirme simplemente que serían éstos los suficientes para cubrir las necesidades propias del cultivo a que se destinan los terrenos. En algunas ocasiones, absurda pero muy significativamente, el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar en sus razonamientos, creyéndose a la letra la defectuosa terminología legal sobre inscripción de *aprovechamientos*, que lo inscribible en esos registros administrativos eran hechos y no derechos subjetivos (93). Por lo demás, conviene recordar que una cierta confusión entre derechos y hechos o aprovechamientos la introdujo también el legislador de 1985 respecto de las concesiones administrativas, por ejemplo, cuando decidió vincular en principio rígidamente las concesiones para riego a la propiedad privada sobre la finca del titular de la concesión correspondiente en el discutible y problemático artículo 59-4.º de la Ley de Aguas de 1985 (hoy art. 61-4.º del TR de 2001), por completo ajeno a la mejor regulación al respecto de la Ley de 1879.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, a pesar de todo, aunque con dudas y vacilaciones, ha acertado a señalar en ocasiones, con buen sentido, que existían o eran inscribibles en el Registro de Aguas o en el Catálogo de aguas privadas, derechos sobre aguas privadas sin exigir que estuvieran en explotación exactamente en el momento de entrar en vigor la Ley de Aguas de 1985 (94); o considerando que no se había probado que no estuvieran en

---

(92) Cfr., en tal sentido, la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 11 de febrero de 2004 (*RAr.*, núm. 1030).

(93) Véanse, por ejemplo, en dicho sentido, las sentencias contencioso-administrativas del TS, de 9 de junio de 2004 (*RAr.*, núm. 6311), y de 15 de diciembre de 2005 (*RAr.*, de 2006, núm. 4190). Con toda razón critican esta afirmación jurisprudencial, respecto de la primera de estas sentencias, DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO, y GALLEGÓ CÓRCOLES, Isabel, en su libro *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, 2007, pág. 90, nota 73.

(94) Véase, en dicho sentido, y muy bien argumentada (Ponente: Fernando LEDESMA BARTRET), la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 20 de septiembre de 2001 (*RAr.*, núm. 7454). En sentido contrario, pero con argumentaciones más turbias y desorientándose el TS con la discutible idea de la «congelación» de los derechos subjetivos, véase la sentencia contencioso-administrativa de 23 de abril de 2003 (*RAr.*, núm. 3726). O también la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 12 de mayo de 2004 (*RAr.*, núm. 4716), que afirma muy discutiblemente que lo que se trataba de inscribir en el Registro de Aguas era el régimen de explotación que antes existía, y no el que fuera posible con los *caudales utilizados*. Sin embargo, aunque esa afirmación no deja de tener algo de apoyo en la letra de la ley, dada la falta de claridad de ideas de los autores de la Ley de Aguas de 1985, si se reflexiona en serio sobre lo que sea la propiedad privada de una corriente de agua, creo que conviene concluir que lo que deberían inscribirse serían

explotación en dicho momento (95); o que era inscribible en el Catálogo de Aguas Privadas la propiedad privada de un pozo cuando se solicitaba la inscripción de una cuantía de caudales inferior a la que se había adquirido y se tenía, pero con transformaciones en las técnicas de regadío y para regar una superficie mayor que la que antes se venía regando (96); o que eran inscribibles en el Registro de Aguas derechos sobre aguas privadas en los que el solicitante de la inscripción o inmatriculación de su propiedad sobre un pozo no había conseguido probar la *no afectación* a otros aprovechamientos preexistentes, prueba que, irrazonablemente y con rigor excesivo, le exige la letra de la ley para poder llevar a cabo la mencionada inscripción (97).

Incluso ha llegado el Tribunal Supremo en una ocasión (98) a dar por buena como contenido de una inscripción en el Registro de Aguas de un pozo de aguas privadas, a las aguas alumbradas con autorización administrativa, pero ya vigente la Ley de 1985, en otro pozo situado a menos de 30 metros del originario inscrito, y pozo diverso del que se pasó a obtener aguas complementa-

---

los *caudales utilizables* en su momento por el propietario del pozo, mejor que no los *caudales utilizados*, expresión legal desafortunada y que nos aboca a una inesquivable inseguridad jurídica.

(95) Así, por ejemplo, y sin considerar decisivas en sentido contrario fotografías por satélite aportadas por la Administración que pretendidamente demostrarían la no utilización anterior de los pozos, las sentencias contencioso-administrativas del TS, de 12 de noviembre de 2004 (*RAr.*, de 2005, núm. 1932); y de 21 de junio de 2005 (*RAr.*, núm. 8966). Hay abundante jurisprudencia del TS sobre estos métodos de teledetección de regadíos, como modo de probar indirectamente los caudales de los pozos de propiedad privada, y que muestra, como no podía por menos de ocurrir, y como han demostrado cumplidamente DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO, y GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, que el TS aprecia dichas fotografías por satélite como una prueba más sometida al principio de libertad de prueba. Cfr., de estos autores, *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, Albacete, 2007, págs. 42 a 47 y 55.

(96) Se trata de la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 29 de noviembre de 2000 (*RAr.*, de 2001, núm. 43, ponente: Fernando LEDESMA BARTRET).

(97) Muy claras en esta línea de argumentación, formalmente difícil de argumentar, pero razonabilísima, por ejemplo, las sentencias contencioso-administrativas, y todas del ponente Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, del TS de 12 de noviembre de 2004 (*RAr.*, de 2005, núm. 1932); de 1 de marzo de 2005 (*RAr.*, núm. 5672); y de 21 de junio de 2005 (*RAr.*, núm. 8966). También dos sentencias cont. advas. del TS de la misma fecha de 29 de enero de 2004 (*RAr.*, núm. 156 y núm. 662). Contra, en cambio, exigiendo con rigor la prueba de la *no afectación* de su derecho a otros derechos preexistentes para admitir, a lo que no se accede, la inscripción en el Registro de Aguas del pozo, la sentencia del TS de 11 de noviembre de 2004 (*RAr.*, núm. 8093). Sobre la cuestión, y también aprobando la línea jurisprudencial del TS que aquí se considera preferible, cfr. DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO, y GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, Albacete, 2007, págs. 38 a 40.

(98) Se trata de la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 30 de mayo de 2001 (*RAr.*, núm. 4550, ponente: Óscar GONZÁLEZ GONZÁLEZ). Por las razones que explico en el texto, no me convence la opinión de DELGADO PIQUERAS y GALLEGO CÓRCOLES, quienes aprueban expresamente el criterio de esta sentencia. Cfr. *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, 2007, págs. 103-104.

rias (que no se declaran públicas, por tanto) de las del pozo originario e inscrito, porque esas nuevas aguas de sustitución cabían cuantitativamente dentro de la cuantía reflejada en el asiento de inscripción del Registro de Aguas relativo al pozo de propiedad privada originario. Esta sentencia ya me parece excesivamente flexible y poco convincente y debería hacerse imposible, al menos hacia el futuro (99), una vez que el rótulo de la Disposición Transitoria 3.<sup>a</sup> alude a titulares de derechos sobre *aguas privadas de pozos y galerías*, lo que además es más coherente con la regulación parcialmente «mantenida» de la Ley de Aguas de 1879, que pensaba siempre en aguas procedentes de pozos y no en aguas procedentes del mismo acuífero o en aguas del más brumoso concepto de *aprovechamiento*. Y debería quedar claro que la Administración no es capaz ni tiene potestad para crear nuevas aguas privadas a su antojo (100).

(99) También la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 4 de julio de 2000 (*RAr.*, núm. 4788, ponente: Segundo MENÉNDEZ PÉREZ) aceptó en cierto modo que se mantuviera un aprovechamiento de aguas minero-medicinales, abriendo, con autorización administrativa de la Administración autonómica catalana, una nueva captación con la condición previa de la inutilización de otros pozos que se estaban agotando por los descensos del nivel freático, y con la finalidad de mantener los mismos caudales de agua de que se venía disponiendo por los titulares del aprovechamiento originario y de que se evitara la disminución de la temperatura del agua, lo que perjudicaba su uso terapéutico. Aunque la sentencia está bien argumentada, a mí me parece, no habiéndose planteado la cuestión como de profundización de los pozos antiguos, que lo que en un supuesto así convendría reconocer es que la Administración hidráulica, en uso de su discrecionalidad, puede otorgar una nueva concesión administrativa, ya sobre aguas públicas, y todo lo parecida que se quiera al antiguo aprovechamiento de aguas minero medicinales. Pero no que está la Administración obligada a respetar el antiguo *aprovechamiento* autorizando apertura de pozos nuevos que pretendidamente siguen perteneciendo al mismo.

(100) Muy interesante es también la sentencia contencioso-administrativa del TS de 3 de octubre de 2006 (*RAr.*, de 2007, núm. 4205), que, casando la sentencia impugnada y estimando la demanda del recurso contencioso-administrativo originario, acepta la validez y eficacia de un acuerdo celebrado entre la Administración autonómica catalana, expropiante de un pozo de aguas privadas inscrito en el Registro de Aguas, acuerdo en el que se sustituyó el justiprecio por el compromiso de la Administración expropiante de autorizar en el futuro un nuevo pozo por el mismo caudal que se venía disfrutando y nuevo pozo que habría de sustituir al otro reemplazado y tapado por una autopista que se necesitaba construir. La Administración autonómica sí que autorizó un nuevo pozo, pero incumpliendo el acuerdo, al asignar un caudal inferior al del pozo de propiedad privada preexistente, lo que motivó la demanda y el recurso de dueño de aquel pozo. El TS niega, con razón, que hubiera en el supuesto una revisión de una concesión; parece negar, aunque menos claramente, que se trate de un otorgamiento de una concesión nueva; y no relaciona el supuesto con el apartado 3.º de la Disposición Transitoria 3.<sup>a</sup> de la Ley de Aguas. Cuando el TS ordena respetar en el nuevo pozo unos caudales con la cuantía de los originarios por lo que reste del plazo de cincuenta años, creo que está ordenando que se otorgue una peculiar concesión administrativa nueva, cuyo clausulado se determina *per relationem* con el contenido del acuerdo realizado en el expediente de expropiación y, de forma mediata, con el contenido de la propiedad privada de los caudales del pozo originario. Pero la Administración, mediante el acuerdo que firmó, no puede desplazar físicamente la ubicación del pozo ni, como indico en el texto, crear supuestos nuevos de propiedad privada de aguas.

Podríamos concluir esta parte de la explicación afirmando que el legislador de 1985, en la línea de lo que también estableció respecto de las antiguas concesiones administrativas sobre aguas públicas en la Disposición Transitoria 7.<sup>a</sup> de la Ley de 1985 (en el actual TR de 2001 es la Disposición Transitoria 6.<sup>a</sup>) (101), pretendió sin duda aprovechar el trámite de la inscripción de los derechos sobre aguas privadas en el Registro de Aguas (no en el Catálogo de Aguas Privadas) para *reducir* en lo posible las cuantías de esos derechos desde su entidad teórica o documental hasta el nivel de la cantidad de agua que efectivamente viniera utilizándose en el momento de entrar en vigor la nueva Ley de 1985, y que dicha intención, aunque muy torpemente formulada, difícilmente puede desconocerse por el intérprete (102). Pero lo que éste no debe tampoco desconocer es que esa torpeza en la formulación legal de la acaso lógica aspiración a la reducción de los derechos de propiedad sobre las aguas, al estar profundamente anclada en el desconocimiento de los contenidos de la antigua Ley de 1879 y de su dogmática y al apoyarse en un pensamiento confuso y dogmáticamente deficiente, resulta extraordinariamente difícil de precisar o concretar, en particular, en cuanto a la cuantía concreta de la posible reducción de las cuantías de esos derechos sobre aguas privadas. Sobre pensamiento del legislador deficiente y abstruso es imposible construir doctrinalmente con solidez al servicio de la seguridad jurídica (103).

En fin, tampoco debería olvidar el intérprete que se enfrente a estas cuestiones que el principio civil tradicional sobre la propiedad aplicable también a la propiedad privada del agua es que la propiedad no se pierde por no uso (cfr. además, art. 411 del Código Civil, *a sensu contrario*) (104) y que es una

---

(101) Sobre las razones del completo fracaso de dicho precepto legal, véase mi libro de 1996, págs. 493 a 497.

(102) Véase el importante esfuerzo interpretativo que realicé sobre la cuestión en mi libro de 1996, págs. 475 a 493.

(103) De ahí que no comparta el diagnóstico demasiado optimista y benévolo, en mi opinión, de DELGADO PIQUERAS y GALLEGO CÓRCOLES sobre la mucha utilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años sobre las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas, que creen suficiente como para dejar sin reformar legalmente dicho tan deficiente sistema normativo. Cfr. en su conjunto el, por lo demás, interesante trabajo, casi sólo jurisprudencial, de estos autores *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*. Es indudable que saben más Derecho los magistrados del Tribunal Supremo que los autores de la muy modesta Ley de Aguas de 1985 y no debe dejar de reconocerse el esfuerzo de racionalización hecho por el Alto Tribunal, pero este esfuerzo no cambia ni ha podido llegar a superar los graves defectos técnicos de la regulación legal y, como se intenta demostrar en este trabajo, no se han podido evitar por el TS, a la postre, algunas incoherencias e incluso claras injusticias. Debe decirse que algunos presentan una imagen bastante favorable del sistema transitorio de la Ley de Aguas. REVERTE NAVARRO, Antonio, lo califica curiosamente de *suil*. Cfr. su Prólogo a la Legislación de Aguas de la Editorial Tecnos, 6.<sup>a</sup> ed., 2000, pág. 23.

(104) La sentencia contencioso-administrativa del TS, de 22 de julio de 1998 (RA., núm. 6909) declara inaplicables y caducadas unas antiguas autorizaciones administrativas (otorgada en 1931 y ampliada en 1952) para alumbrar aguas o para profundizar un pozo

hipótesis más bien académica la de alumbradores de pozos anteriores a 1986 que no hayan querido o podido utilizar sus aguas subterráneas nunca durante años; que nunca llegaran a posesionarse de ellas y a utilizarlas. Es inverosímil la hipótesis de meros alumbradores del agua privada nunca usuarios de la misma. Las personas que se habían esforzado mucho en alumbrar aguas, por cierto que entonces con tecnologías mucho menos sofisticadas y eficientes que las actuales, evidentemente que lo hicieron para utilizarlas luego con algún fin. Los alumbramientos de aguas privadas anteriores a 1986 tendrán siempre una cuantía concreta de caudales, aunque pueda ser, sobre todo para los pozos no inscritos en Registros públicos, difícil de determinar o de probar. La hipótesis desde la que hay que trabajar es la de que cuantía del derecho respetado por la Ley de 1985, haberla, la hay conforme a la ley, y que la Administración la tiene que respetar. No se le dio a ésta una discrecionalidad para modificarla libremente a su antojo y ni siquiera para hacerlo en base a directrices de su política hidráulica, por muy justificadas o socialmente convenientes que éstas puedan ser.

Es cierto, por otra parte, que las mismas Disposiciones Transitorias que mantienen la propiedad privada de las aguas la someten luego a unas limitaciones aparentemente draconianas, a juzgar por la letra de la ley de los correspondientes preceptos (apartados 3.º y 4.º de las Disposiciones Transitorias 2.ª y 3.ª TR).

No obstante, creo que la nueva propiedad privada sobre el agua habrá de representar la libertad del titular en cuanto al uso o destino a dar a las aguas (105), sin que le pueda afectar el orden de prelación de usos del ar-

---

en Canarias, para lo que propone una aplicación analógica del artículo 411 del Código Civil, argumentando que el pozo llevaba sin usarse más de treinta años, y citando jurisprudencia anterior del propio TS que había declarado caducables y temporales las autorizaciones administrativas para alumbrar aguas subterráneas.

(105) El TS ha afirmado sin razón en un par de ocasiones que el titular de aguas privadas subterráneas no podía cambiar el uso a que venía destinando las aguas al entrar en vigor la nueva Ley de Aguas. Así, en la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 14 de abril de 2004 (*RAr.*, núm. 4955), en relación al discutido cambio de destino a riego agrícola de las aguas para pasar a utilizarse para regar un campo de golf, pero en un supuesto en el que había en la zona muchas urbanizaciones y existía temor a la contaminación del acuífero. También en la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 21 de septiembre de 2005 (*RAr.*, núm. 6906), en el que el TS se opuso a que aguas de pozos que se venían destinando a abrevadero pasaran a destinarse a aguas de regadío. Esta doctrina jurisprudencial no me parece convincente en absoluto. Obsérvese que el TS crea al propietario de las aguas una especie de obligación legal de uso de sus aguas para un fin determinado, que carece de toda justificación racional o legal. U obsérvese que, como luego veremos, el TS reconoce ampliamente al dueño de aguas privadas la capacidad de realizar todo tipo de actos de disposición sobre sus aguas y le niega en estas sentencias, sin lógica alguna, la capacidad de realizar actos de administración sobre sus propias aguas (el cambio de uso de las aguas es un acto de administración). En fin, veremos posteriormente la irracionalidad intrínseca de la idea de «congelación» de derechos subjetivos sobre aguas. Afortunadamente, también otras sentencias del TS defienden, con mucho mejor

título 60 del TR; imposibilidad, en principio, de gravar con un canon las mencionadas aguas privadas (106); susceptibilidad de éstas para ser libremente enajenadas (107), sin que les sean aplicables los artículos 67 a 72 del TR;

criterio, la libertad completa de uso o destino de las aguas privadas del propietario de las mismas. Así la sentencia contencioso-administrativa, de 21 de diciembre de 2000 (*RAr.*, núm. 9735), aunque en relación a aguas privadas pluviales, y la sentencia contencioso-administrativa de 1 de junio de 2004 (*RAr.*, núm. 3680), que afirma para aguas subterráneas privadas que el aprovechamiento de las mismas debe hacerse para aquello que se necesite. La sentencia contencioso-administrativa del TS, de 21 de julio de 1997 (*RAr.*, núm. 6329), en relación a un supuesto de aguas subterráneas en Canarias que se consideran muy discutiblemente públicas, pero en un caso en el que el alumbramiento había sido autorizado administrativamente, sí que acepta, con razón, que las aguas del pozo estuvieran vinculadas a su destino de riego y de ciertos terrenos, pero como tales aguas públicas y porque así se había establecido expresamente en una cláusula de la autorización administrativa del alumbramiento. Por todo lo dicho no me convence la explicación de DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO, y GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, quienes recogen las dos sentencias primeramente citadas del TS y parecen dar por bueno o resignarse a tan desacertado e injustificado criterio jurisprudencial. Cfr. *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, págs. 99 a 101.

(106) Según el artículo 115-2.º del TR, repetido también en el artículo 313-2.º del Reglamento de 1986-2003, el impago de los cánones o exacciones sobre el dominio público hidráulico dará lugar a la pérdida del derecho a la *utilización del dominio público hidráulico*. No, por tanto, en su caso, a la pérdida del uso del agua por su propietario, posibilidad que ninguna norma de rango legal establece.

(107) Véanse, admitiendo la libre transmisibilidad de aguas privadas subterráneas, y únicamente entre las sentencias más recientes y ya vigente la Ley de Aguas de 1985, las sentencias de nuestro TS de 28 de abril de 1994 (*RAr.*, núm. 2976); de 30 de septiembre de 1996 (*RAr.*, núm. 6532); implícitamente la de 30 de octubre de 1998 (*RAr.*, núm. 9837); de 18 de noviembre de 1998 (*RAr.*, núm. 7969); de 15 de enero de 1999 (*RAr.*, núm. 12); y de 25 de marzo de 1999 (*RAr.*, núm. 2295). Véase también la sentencia contencioso-administrativa del TS de 2 de abril de 2001 (*RAr.*, núm. 8987), que acepta con total normalidad una donación hecha en escritura pública de un derecho sobre aguas privadas de un pozo y afirma, en general, la transmisibilidad de las aguas privadas tanto *inter vivos* como *mortis causa*. O también las sentencias contencioso-administrativas del TS de 20 de marzo de 2002 (*RAr.*, núm. 2621); y de 23 de diciembre de 2002 (*RAr.*, de 2003, núm. 1393). Igualmente la sentencia contencioso-administrativa del TS de 29 de enero de 2004 (*RAr.*, núm. 662), y la sentencia civil del TS, de 29 de marzo de 2004 (*RAr.*, núm. 2069). Implícitamente también la sentencia contencioso-administrativa del TS de 3 de noviembre de 2004 (*RAr.*, núm. 6415). Véanse sobre esta cuestión, por ejemplo, los artículos 348, 557, 563 y 424 del Código Civil y los artículos 22, 85 y 257 de la Ley de Aguas de 1879. O también los artículos 66 del Reglamento Hipotecario o 173 del Reglamento Notarial de 1944. Parece que nadie ha podido citar nunca una sola sentencia del Tribunal Supremo que se haya atrevido a negar la libre transmisibilidad de las aguas privadas, parece que mantenida siempre por el Alto Tribunal desde que el mismo existe. Recogiendo algunas de estas sentencias del TS, se muestran favorables a la libre transmisibilidad de las aguas privadas subterráneas DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO, y GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, en *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, 2007, págs. 115 a 124. Debo advertir al lector que en este punto de la transmisibilidad de los derechos sobre aguas, la doctrina existente hasta el momento, la mayoría administrativista, me resulta bastante insatisfactoria por razones metodológicas de peso como, casi siempre, ignorar la tradición doctrinal y jurisprudencial en el tema o la incidencia importante en el mismo de la normativa hipotecaria. Tengo estudiado

o susceptibilidad de ser usucapidas (art. 52-2.º del TR, *a sensu contrario*, y arts. 609 y 1.930 del Código Civil); o para ser susceptibles de posesión en concepto de dueño; y que deban quedar estas aguas privadas sustancialmente sustraídas a la planificación hidrológica (108). El requisito de la disponibilidad de las aguas privadas también representa o presupone, en particular, la presunción de libertad del dominio; el que se puedan libremente negociar gravámenes o derechos personales sobre el dominio de las aguas; que la propiedad del agua sea hipotecable (arts. 107-5.º y 108-1.º de la Ley Hipotecaria) o embargable o expropiable (art. 423 del Código Civil, sin que obste el art. 83-2.º TR); la posibilidad de celebrar contratos con los propietarios de fincas vecinas para la constitución de servidumbres de acueducto u otras servidumbres voluntarias o de pedir a la Administración la constitución forzosa de servidumbres en su favor cuando las requieran los dueños de pozos (art. 48 TR y art. 557 del Código Civil); o la posibilidad de renunciar libremente al dominio del agua, haciéndose entonces públicas las aguas automáticamente por ministerio de la ley, y ello sin necesidad de recurrir, como los concesionarios de aguas públicas, a un expediente administrativo para renunciar a su derecho y sin necesitar la aceptación de la Administración hidráulica para que la renuncia tenga efectos administrativos (cfr. art. 53-1.º, letra d, y 2.º del TR y art. 167 del Reglamento de 1986-2003, *a sensu contrario*).

Cuando exista copropiedad de aguas privadas, lo que es muy frecuente en los pozos profundos y de gran caudal administrados a veces por Sociedades Agrarias de Transformación u otras sociedades civiles, serán aplicables los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Y salvo que negocialmente se excluya, lo que con frecuencia se hace al enajenar aguas privadas, será aplicable a las aguas privadas en copropiedad, el retracto de comuneros del artículo 1.522 del Código Civil (109). Y desde luego, los propietarios de aguas

---

el tema intentando reflexionar sobre toda la complejidad que tiene y con todos los datos que parecen imprescindibles en mi trabajo *La oscura y deficiente regulación del llamado mercado del agua*, en el Libro Homenaje al profesor AMORÓS GUARDIOLA, Tomo 1.º, Madrid, 2006, págs. 1209 a 1287.

(108) Sobre esta trascendente cuestión creo que no existe todavía ninguna sentencia del TS que aporte afirmaciones o reflexiones apreciables.

(109) La breve pero interesante Ley de Heredamientos de Aguas para Canarias, de 27 de diciembre de 1956, aparte de regular muy bien la inscripción en el Registro de la Propiedad tanto de los derechos sobre las aguas privadas en conjunto de dichos Heredamientos como la de las cuotas de agua de cada comunero, como «fincas independientes» éstas últimas, entendía, para facilitar el buen funcionamiento del mercado del agua, que por ley quedaban excluidas la acción divisoria de la cosa común del artículo 400 del Código Civil y el retracto de comuneros del artículo 1.522 del Código Civil. En toda España en las ventas de cuotas o «acciones» de aguas privadas de caudales de grandes pozos de propiedad privada, se usa en efecto, al menos donde los notarios tiene experiencia en estos contratos, la introducción de la renuncia al retracto de comuneros en el título transmisivo de las correspondientes «acciones» de aguas privadas de pozos. Imagino que también, aunque no lo he comprobado, la renuncia a la acción divisoria de la cosa común,

privadas de pozos o de otro tipo (manantiales o lagunas) son perfectamente libres de crear asociaciones de cualquier tipo o sociedades civiles o mercantiles o sociedades agrarias de transformación, o cooperativas, o comunidades de bienes, etc. (art. 1.255 y 35-2.º, 1.665 y 1.670 del Código Civil), sin necesidad de aprobación de la Administración hidráulica, siendo ese el principio general, del que son sólo excepciones legales los casos (cfr. arts. 87 y 88 del TR) en los que el Organismo de cuenca puede imponer motivadamente, y como acto administrativo en última instancia discutible ante los tribunales, la constitución de comunidades de usuarios de las reguladas en los artículos 81 y siguientes del TR, legalmente calificadas como corporaciones de Derecho público (110). La problemática operatividad de estas excepciones legales sí que acaso podrían llegar a impedir la constitución de nuevas sociedades privadas de titulares de pozos de aguas privadas, con todo, como veremos posteriormente, cuando estén ya constituidas o en constitución en el mismo acuífero o unidad hidrogeológica comunidades de regantes o de usuarios de las reguladas en los artículos 81 y siguientes del TR.

En otro sentido, y puesto que no es raro el supuesto de comunidades de regantes que tienen a la vez aguas públicas de acequias y aguas privadas de pozos (111) y que, eventualmente, las mezclan en cauces o conductos, conviene advertir que el hecho de mezclarse unas y otras aguas no supone en principio la conversión de las aguas privadas en públicas, sino el surgimiento de una cotitularidad sobre dos clases de aguas que siguen mezcladas físicamente pero no en su naturaleza jurídica, y debiéndose respetar cuotas de proporcionalidad de una u otra naturaleza según las cuantías de los caudales mezclados de una y de otra. La posible intervención administrativa que autoriza el artículo 88 del TR no podrá llegar al extremo de cambiar esta cotitularidad o mezcla de aguas de naturalezas distintas digamos que estructural y basada en los títulos originarios de cada clase de aguas (112).

---

acaso con todo menos necesaria en la práctica. Cfr. mi libro *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Publicaciones Universitarias de Zaragoza, 1990, págs. 216 a 218.

(110) Me parece, por tanto, claramente errónea y mal argumentada la doctrina de la sentencia contencioso-administrativa del TS de 30 de enero de 2004 (*RAr.*, núm. 919), que considera irregular la constitución de una asociación de propietarios de pozos de aguas privadas por haberse realizado tal constitución cuando ya estaba vigente la Ley de Aguas de 1985, pensando que, por ese solo hecho y sin que mediara, al parecer, requerimiento ninguno por parte de la Administración hidráulica, los dueños de aguas privadas tenían que haber constituido una comunidad de usuarios de las de los artículos 81 y siguientes del TR. El TS, además, consideró que la actividad de esa asociación que administraba los pozos destinados al riego era una actividad empresarial que devengaba el Impuesto del Valor Añadido.

(111) Han tenido que resolver supuestos como esos, por ejemplo, la sentencia civil del TS, de 30 de enero de 1990 (*RAr.*, núm. 106); o la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 8 de marzo de 2000 (*RAr.*, núm. 965).

(112) Sobre este complejo asunto, véase mi libro de 1996, págs. 522 a 531 y 397 a 406.

Y desde luego, las asociaciones, sociedades, cooperativas o comunidades propietarias de pozos de aguas de propiedad privada podrán, pero con toda libertad en línea de principio, celebrar convenios con la Administración con finalidad de mejorar la explotación de sus aprovechamientos y en beneficio del acuífero (art. 1.255 del Código Civil y art. 87-3.º del TR, por clara analogía).

En otro sentido, y aunque sea asunto de compleja explicación, creo que bajo el sistema legal actual, las aguas sobrantes de un pozo de aguas privadas (o si se quiere, la parte de la corriente alumbrada y extraída y no aprovechada por su dueño en un momento dado) son en principio también aguas privadas, como lo eran cuando estaba vigente el artículo 22 de la Ley de Aguas de 1879, de texto clarísimo en dicho sentido (113). El flujo de aguas sobrantes de un pozo se puede iniciar ya en la boca misma del alumbramiento, ya en el punto final al que se hayan conducido las aguas para su previsto destino económico, si llegan más de las que se aprovechan efectivamente, ya incluso por pérdidas ocasionales de aguas durante la conducción. Estas aguas podrían aprovecharse como mero aprovechamiento eventual (arg. arts. 5 a 14 de la Ley de 1879) por dueños de fincas vecinas o inferiores, por mera tolerancia del dueño. Como explicaba el artículo 22 de la Ley de 1879, las aguas subterráneas privadas no tienen cauce y el dueño alumbrador puede darles la dirección que quiera, como llevarlas a otra finca suya alejada de la de origen o a la finca ajena de quien las haya comprado.

---

(113) Así lo ha explicado, con gran acierto, y considerando el derecho precario a unas aguas sobrantes de un pozo de una mina con aguas privadas, como derecho inscribible en el Catálogo de Aguas Privadas y derecho al que no era aplicable el artículo 55 de la Ley de Aguas de 1985 (hoy art. 57 del TR de 2001), la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 20 de marzo de 2002 (*RAr.*, núm. 2621). Véase también el artículo 175 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico. Véase también sobre esto la interesante sentencia contencioso-administrativa del TS de 21 de febrero de 2000 (*RAr.*, núm. 3851), que, aunque mantiene en relación a las aguas sobrantes de un manantial de propiedad privada la tesis contraria a la que aquí sostengo, contiene un voto particular contrario y coincidente con la tesis aquí mantenida, en el que se citan tres sentencias civiles del TS a favor de esta última tesis. La sentencia contencioso-administrativa del TS, de 30 de abril de 2003 (*RAr.*, núm. 4537) acepta como buena la inscripción por la Administración en el Catálogo de Aguas Privadas de unas aguas sobrantes de un pueblo de Jaén (Jodar), cedidas gratuitamente y a perpetuidad por el mismo a un Grupo sindical que acabaría convirtiéndose en una Comunidad de Regantes y pese a que la mencionada Comunidad no quería esa inscripción como aguas privadas y recurrió ante los tribunales solicitando que esas aguas se le reconociesen como públicas. La interesante sentencia civil del TS, de 13 de marzo de 2006 (*RAr.*, núm. 1884), aunque refiriéndose a las aguas sobrantes de una acequia (con mayor razón habría que pensarlo, entonces, de un pozo de aguas privadas) da por buena la afirmación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 17 de septiembre de 1997, de que esta materia corresponde a la jurisdicción ordinaria. Para la explicación de esta compleja cuestión de las aguas sobrantes, casi totalmente carentes de regulación en nuestra defectuosa regulación legal, y generalizadamente abandonada por la doctrina administrativista, véase mi libro de 1996, págs. 580 a 596.

Aparte de ello, la propiedad privada del agua o los derechos derivados de la misma tendrán la plena protección del Registro de la Propiedad (114) cuando hayan tenido acceso al mismo mediante la pertinente inmatriculación (115). Y más en general, como ya se ha indicado al tratar de la protección de los derechos preexistentes, los propietarios de aguas tendrán todas las acciones civiles de defensa de su derecho, como la acción reivindicatoria o declarativa de propiedad (incluso frente a los ataques del tramo subterráneo de la corriente de aguas privadas objeto del derecho de propiedad, ataques que son los más frecuentes); las acciones posesorias; la acción real registral, en su caso, etc. En cuanto a la cuantía de los derechos de propiedad sobre aguas subterráneas

(114) Plena protección del Registro de la Propiedad sobre las aguas privadas, o incluso públicas en su caso, que es indudable y que fue reconocida de pasada en la importante sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre. No conozco ninguna sentencia del TS que se haya explayado en explicar o argumentar con cuidado esta importante cuestión, aunque sí que hay muchas que, más o menos incidentalmente, afirman esa protección del Registro de la Propiedad sobre las aguas privadas, en particular. Cfr. por ejemplo, la sentencia civil del TS, de 6 de diciembre de 1887 (CL, tomo 62, núm. 152, págs. 620 a 638); que por cierto afirma también el carácter de derecho real del relativo a unas aguas cuyo título originario databa de 1488 y de las que no se llega a afirmar si eran aguas públicas o privadas. O la sentencia civil del TS de 4 de marzo 1997 (RAr., núm. 1648), en la que se afirma rotundamente la superioridad y prevalencia del Registro de la Propiedad sobre el Catastro. Cfr. también las sentencias contencioso-administrativas del TS, de 5 de julio de 1963 (RAr., núm. 3453); de 17 de febrero de 1979 (RAr., núm. 1364); la civil de 31 de enero de 1980 (RAr., núm. 339); de 21 de diciembre de 2000 (RAr., núm. 9735); o de 27 de junio de 2006 (RAr., núm. 5972). En fin, tengo citadas muchas otras sentencias en esta línea descrita en mi libro de 1996, págs. 672-673, nota 394.

(115) La pertinente inmatriculación en el Registro de la Propiedad se realizará por los medios ordinarios de la legislación hipotecaria y hay que tener en cuenta el artículo 66 del Reglamento Hipotecario, relativo a las aguas privadas. Este precepto, que permite con gran acierto la inmatriculación de pozos de propiedad privada como «fincas independientes», contra lo que algunos han opinado, sigue sustancialmente vigente y perfectamente útil. Hoy hay que tener también en cuenta los artículos 317 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Sobre la cuestión, puede verse la reflexión de mi libro de 1996, págs. 242 a 246. Véase también la muy solvente explicación de ROCA SASTRE, Ramón María; ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis, y MADRILEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso, *Derecho Hipotecario*, Tomo 5.º, 8.ª ed., Barcelona, 1997, págs. 198 a 232. Criticable y muy insuficiente y defectuosamente argumentada me parece la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de abril de 2005 (RAr., núm. 5368), que consideró que para la inmatriculación de un pozo de aguas privadas en el Registro de la Propiedad se necesitaba previamente el requisito de la inscripción de ese mismo pozo, y la certificación correspondiente, en el Catálogo de Aguas Privadas de la Cuenca. El criterio razonable es el de la sentencia civil del TS, de 7 de diciembre de 1961 (RAr., núm. 4452), que consideró válida la inscripción de un aprovechamiento de aguas públicas hecha en el Registro de la Propiedad sin la correspondiente previa inscripción en el Registro Administrativo entonces vigente. En la misma línea, véase la Resolución de la DGRN, de 6 de febrero de 1960 (RAr., núm. 166). Sobre la cuestión, mi libro de 1996, págs. 675-676, y nota 406. La citada Resolución de la DGRN, de 23 de abril de 2005, la he criticado en mi trabajo *La oscura y deficiente regulación del llamado mercado del agua*, en el Libro Homenaje al profesor AMORÓS GUARDIOLA, 2006, Tomo 1.º, págs. 1270 a 1271.

se determinarán por aplicación del bloque de normas de la Ley de Aguas de 1879 y del Código Civil, aplicables por la irretroactividad de las Disposiciones Transitorias 2.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup> del TR de aguas de 2001, y además, o por dicha irretroactividad o al menos subsidiariamente, por los artículos 384 y siguientes del Código Civil sobre deslinde de propiedades inmuebles, que sin duda lo son las propiedades sobre aguas, incluidas las propiedades que son dominio público hidráulico, aplicables al menos, a falta de criterio legal claro, por analogía. En fin, ya ha quedado explicado que la propiedad privada de los pozos es indefinida en la mayor parte de los casos y temporal por cincuenta años en otros, con prevista conversión entonces, al final de ese plazo, del derecho en una concesión administrativa.

Por exigencias del sistema, junto con el conocimiento de los antecedentes históricos, no cabe interpretar con normalidad o amplitud aquellos preceptos limitativos de la propiedad privada de las Disposiciones Transitorias del TR, como hacen equivocadamente algunos autores (116). Y menos desde que el Texto Refundido de 2001 ha suprimido la (razonable, por lo demás) idea de la subsistencia del Código Civil sólo en lo no contradictorio con la legislación de aguas (Disposición Derogatoria de la Ley de Aguas de 1985, apartado 1.º, párrafo 3.º) y ha dejado sólo el rotundo e irrazonable principio de que el Código Civil se aplica en todo lo no *expresamente* regulado en la legislación de aguas (Disposición Final 1.<sup>a</sup> del TR). Aquí la torpeza tantas veces denunciada del legislador de 1985 proyectaba una directriz general de interpretación propietarista y liberal de todo nuestro sistema legal de las aguas privadas. Y hoy aparece potenciada, así, al mantenerse el precepto, dicha directriz liberal.

Añadamos, finalmente, que esta explicación en clave civilista clásica sobre el régimen jurídico de las aguas privadas tiene el sólido anclaje constitucional en la reserva legal del derecho de propiedad; en la prohibición para el legislador de modificar el *contenido esencial* del derecho de propiedad y en la protección general de la propiedad privada que impone nuestra Constitución (arts. 53-1.º y 33) (117).

---

(116) Entre esos autores podrían incluirse, por ejemplo, PÉREZ PÉREZ, Emilio; DEL SAZ CORDERO, Silvia, aunque ha rectificado un tanto en trabajos posteriores; y MÁS BADÍA, María Dolores. Cfr., respectivamente, los citados comentarios a la Ley de Aguas del primero en los *Comentarios de EDERSA*, dirigidos por ALBALADEJO, 1991, 657 págs.; de la segunda, *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de aguas)*, Madrid, 1990, 387 págs.; y de la tercera *El nuevo régimen jurídico de las aguas (Intereses privados en la Ley de Aguas)*, Valencia, 1993, 308 págs.

(117) La ya comentada e interesante sentencia contencioso-administrativa del TS de 3 de octubre de 2006 (*RAr.*, de 2007, núm. 4205, ponente: Jesús Ernesto PECES MORATE) afirma que, en un supuesto en que la Administración intenta sustituir un pozo de aguas privadas e inscrito en el Registro de Aguas por otro diferente, y situado en otro lugar, que autorizó en efecto, pero con menos caudales que el pozo originario, dicha Administración incurrió en vulneración de los artículos 33-3.º de la Constitución, 349 del Código Civil, y 9 a 52 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa.

B) EL APARTADO TERCERO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA

Según el apartado 3.º de las Disposiciones Transitorias 2.ª y 3.ª del TR: «En cualquiera de los supuestos anteriores, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación, según lo establecido en la presente ley».

Se ha dicho expresivamente de esta norma que «congela» los derechos sobre aguas privadas que perviven bajo la Ley de 1985 (118). La norma se redactó para un anteproyecto de ley del otoño de 1983 en el que estaba prevista la total publicación de todas las aguas y la extinción de todas las aguas privadas al cabo de un plazo de cincuenta años y en aquel anteproyecto tenía sentido. En el sistema de las actuales Disposiciones Transitorias, en cambio, la norma es profundamente ilógica, pese a haber recibido la bendición de la sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional (FJ 12) (119). Por eso, se ha interpretado en la doctrina restrictivamente, afirmándose que no debería impedir las reformas del aprovechamiento que traten de mantener el equilibrio económico del mismo o el caudal utilizado (120); o que no debería impedir las reformas que, como la profundización de pozos, se dirijan a mantener el caudal anteriormente aprovechado (121); o que no debería impedir las reformas del aprovechamiento que no perjudiquen a otros usuarios o que no perjudiquen cuantitativa o cualitativamente el acuífero (122). La Disposición Transitoria tercera, apartado 2, letra b), de la Ley de Aguas canaria de

---

(118) Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Informe Jurídico al Proyecto de Ley de Aguas*, junto con LLAMAS MADURGA, Manuel Ramón, multicopiado, 1985, págs. 119 a 122. La afirmación, que hizo fortuna en la doctrina posterior, la hacía el autor como una metáfora graciosa y pedagógica, junto a la de la similitud de estos derechos con las «reservas» de los indios norteamericanos.

(119) Cfr., el comentario y matizaciones que hice a la doctrina en esto del Tribunal Constitucional, doctrina que ya he señalado flojeaba claramente en algunos aspectos de Derecho Civil, aunque tuvo la prudencia de reducir al mínimo los pronunciamientos sobre esa rama del Derecho, en mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 542 a 544.

(120) Cfr. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, 1989, págs. 118 a 121.

(121) Cfr. DEL SAZ CORDERO, Silvia, *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de Aguas)*, 1990, págs. 76 a 78 y 217 a 222.

(122) Cfr. mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 540 y sigs. y 547, en particular. También, aceptando ampliamente mi explicación, Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Derecho de aguas*, 1997, págs. 144 a 146 y nota 110. Cfr., también, MORELL OCAÑA, Luis, «Las titularidades sobre aguas privadas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001, págs. 39-40. Cfr. también en la misma línea, SASTRE BECEIRO, Mónica, «Propiedad pública o privada de los humedales y aguas subterráneas», en el libro colectivo *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económicos*, Fundación Marcelino Botín, Ediciones Mundi Prensa, 2003, págs. 84 a 92.

1990 coincide con esta última directriz interpretativa propuesta para la Ley estatal de aguas de 1985.

Las opiniones de PÉREZ PÉREZ y de EMBID IRUJO (123) apartándose de estas orientaciones doctrinales señaladas y mayoritarias y pretendiendo tomarse en serio, hasta sus últimas consecuencias, la *congelación* de la propiedad privada del agua, me parecen completamente irrazonables. Y aparte de irrazonables, pueden ser legitimadoras o alentadoras de comportamientos de la Administración que signifiquen una auténtica desviación de poder, si se utiliza la potestad sancionadora como forma de presionar a los propietarios de aguas privadas para que soliciten una concesión administrativa (o sea, en el fondo, para que renuncien a la propiedad privada de sus aguas).

Conozco casos, en este sentido, de tenacísima persecución administrativa mediante procedimientos sancionadores a dueños de aguas privadas compradas o heredadas que simplemente las usaban con evidente licitud para regar sus propias fincas, siendo que éstas, antes de la adquisición de estas aguas privadas, eran fincas de secano. Con estas tácticas administrativas, la *protección administrativa*, a la que posteriormente me refiero, adquiere unos tintes cuasimafiosos, puesto que, al que no acepta someterse al régimen concesional del apartado 3.º de la Disposición Transitoria 3.ª, so pretexto de una leve modificación de las circunstancias del *régimen del aprovechamiento*, se le ataca y se le hace la vida imposible como propietario de aguas privadas, amenazándole con sanciones enormes y cerrándole eventualmente el pozo con medidas cautelares, si algún tribunal no lo impide ya en la vía del recurso contencioso administrativo, vía que, hasta alcanzar una sentencia de fondo y firme, puede llevar a veces ocho o diez años de incertidumbre, gastos y disgustos. Así que algunas Administraciones están diciendo a los propietarios de aguas privadas que o les entregan dicha propiedad privada sobre el agua renunciando a la misma para que ellas se la *protejan*, o les hunden el nego-

---

(123) Aparte de lo ya antes señalado del primer autor en su libro de 1991, véase también su libro *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*, Barcelona, 1998, págs. 51 a 82 y 121 y sigs. Sobre dicho libro, véase la cuidada recensión que publiqué en el Anuario de Derecho Civil de 2000, fascículo 3.º, págs. 1054 a 1073. En cuanto a EMBID IRUJO, Antonio, también considera que el apartado 3.º de la Disposición Transitoria 3.ª es un precepto legal coherente, aunque con una dura solución, pero que es la de la Ley, y entiende que los derechos de propiedad quedaron *absolutamente congelados*, hasta el punto de que se impediría su transmisibilidad, según él, y ello, porque, de no entenderse así el precepto, cree que *se vendría abajo* todo el régimen de opciones y consecuencias previsto en la Ley de 1985. El autor ha prescindido de la abundantísima doctrina existente sobre la cuestión y cita una única sentencia del TS, la de 14 de abril de 2004, sentencia que recoge y elogia. Cfr. su citado trabajo *A vueltas con la propiedad de las aguas*, ...en el número extraordinario de *Justicia Administrativa*, 2006, págs. 192, 194, nota 5.ª, 200 y 203. Aparte de todas las razones que explico en el texto, en este mismo trabajo he dado razones de peso para considerar también esa sentencia de 14 de abril de 2004, incoherente con muchísimas otras sentencias del propio TS, poco sensata en su solución e incoherente con el conjunto de nuestro sistema legal de las aguas.

cio agrícola o ganadero. La utilización del apartado 3.º de la Disposición Transitoria 3.ª, literalmente interpretado, contra la libre transmisibilidad de las aguas privadas, puede conducir a consecuencias completamente absurdas (124), lo que hace necesario que el Tribunal Supremo declare tajantemente, cuanto antes, y puesto que todavía no ha tenido clara ocasión de hacerlo, que dicho precepto legal no impide dicha transmisibilidad.

Se conocen además otras actuaciones administrativas en el sentido de presionar a los propietarios de aguas privadas para que se inscribieran en el Registro de Aguas y para que eludieran el Catálogo de Aguas Privadas. Por ejemplo, durante la vigencia del plazo de tres años (1986 a 1988, inclusive) para el ejercicio de la opción legal y libre que concedieron las Disposiciones Transitorias de la Ley de 1985, se sabe que algunas Confederaciones Hidrográficas negaban, abusivamente y con desviación de poder, en mi opinión, toda colaboración o atención a los dueños de aguas privadas hasta que no se inscribían en el Registro de Aguas. Y en el mundo rural español hay que tener en cuenta que es muy común que las comunidades de regantes o las sociedades civiles o Sociedades Agrarias de Transformación o las comunidades de bienes se relacionen con la Administración hidráulica a través de la mediación de ingenieros agrónomos o de hidrogeólogos sin conocimientos jurídicos y que se limitan a transmitir a sus representados las consignas que les dan a ellos los funcionarios de las Confederaciones hidrográficas, consignas muchas veces sesgadas e inconsistentes en su fundamentación jurídica. De modo que, por este sistema, es sumamente previsible que muchos dueños de pozos de aguas privadas miembros de sociedades civiles o de otras entidades, o propietarios particulares de tales pozos, hayan sido víctimas, incluso a partir de 1989, de una aplicación para ellos perjudicial (pérdida de la propiedad

---

(124) Piense el lector en el siguiente caso, perfectamente posible en la realidad del regadío español de muchas zonas de España. Una Sociedad Agraria de Transformación administra un pozo profundo de 200 litros por segundo de caudal y del que viven 400 pequeños agricultores dispersos por toda una comarca. Pues bien, si uno solo de esos 400 agricultores solicitara la transformación en concesión de su cuota de riego, que podría ser de medio litro por segundo de caudal, literalmente lo que el apartado tercero de la Disposición Transitoria tercera parece establecer es que la totalidad de la explotación (el conjunto del agua de ese importante pozo) debería quedar amparado por el régimen concesional y, por tanto, sus aguas convertidas en públicas (lo que es un caso claro de disposición en sentido jurídico). O sea, sin contar con la voluntad de 399 de los copropietarios del pozo. Mientras que en buena doctrina civil, para disponer de la propiedad de todas las aguas del pozo sería precisa la unanimidad de todos los 400 copropietarios del pozo, según la letra de esta errónea o peligrosa norma legal, la voluntad de uno solo de los 400 copropietarios del pozo podría ser suficiente para disponer de la total copropiedad de las aguas de propiedad privada del pozo. Ya se ve que ello es absurdo y que dejaría en ridículo toda la argumentación de la sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional para negar que la Ley de Aguas de 1985 hubiera realizado, como pretendían los recurrentes, una confiscación de la propiedad privada de las aguas subterráneas. La interpretación literal del apartado 3.º de la Disposición Transitoria 3.ª se desacredita por sí misma.

privada del agua) del apartado 3.º de la Disposición Transitoria 3.ª, guiados o conducidos por estos asesores legos en Derecho y poco conscientes del grave perjuicio que su ignorancia causaba a sus contratantes o representados, a quienes aconsejaban solicitar concesión administrativa sobre aguas que eran ya suyas.

En fin, creo que la mencionada idea de la *congelación* de la propiedad privada es la cuadratura del círculo: un inconsciente o involuntario invento de personas, las redactoras de la norma, que no tenían clara ni la noción de propiedad privada ni la de dominio público. Los derechos subjetivos, con el derecho de propiedad en cabeza, los reconocen las leyes para la vida social, que es movediza y cambiante y, si bien se piensa, esto de un pretendido derecho subjetivo *congelado* es un auténtico sinsentido. Pero el sueño de la razón engendra monstruos y este sinsentido con cierta apariencia de norma legal, y que hasta puede llegar a tener sentido en algunos casos excepcionales, se muestra muy peligroso para la seguridad jurídica, como se acaba de explicar.

Uno de los problemas más importantes en la práctica para los pozos de propiedad privada es el de si se pueden profundizar o no para mantener el mismo caudal que tenían antes, dado que suele ser un fenómeno frecuente el constante descenso de los niveles freáticos, incluso en acuíferos no declarados sobreexplotados o incluso que no estén especialmente sobreexplotados en realidad. La solución negativa me parecería claramente preferible para pozos situados en acuíferos declarados sobreexplotados. En estos acuíferos no sólo parece presumible que será socialmente dañoso el incremento del consumo de agua producido por la profundización, sino que ésta puede ayudar a extender la posible contaminación a nuevas capas del manto freático. Para los demás acuíferos, la cuestión es discutible, porque ni siquiera está del todo clara, en términos genéricos, para un concesionario de aguas públicas de un pozo, para el que la profundización del pozo más bien parece que debería reconducirse al régimen jurídico de la modificación de las concesiones del artículo 64 del TR de aguas, al menos a falta de previsiones específicas en el título de la autorización de investigación o de la propia concesión. Y para el pozo de propiedad privada si, por una parte, puede decirse que la profundización conservativa puede no suponer *incremento de los caudales totales autorizados*, más difícilmente puede afirmarse acaso también que no suponga al menos *modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento* del pozo (cfr. DT 3.ª, apartado 3.º) (125).

---

(125) Según la Disposición Adicional 2.ª del Real Decreto-ley 9/2006, de 15 de septiembre, dictado por razón de una prolongada sequía y con alcance sólo respecto de la zona del Alto Guadiana (así lo indica el rótulo del precepto): «A los efectos del apartado tercero de la Disposición Transitoria tercera del texto refundido de la Ley de Aguas, las actuaciones que supongan el aumento de la profundidad o del diámetro del pozo, así como

La forma en que cabe argumentar la posibilidad de reprofundización meramente conservativa (126) es, por eso, la de que, en efecto, cuando el legislador declara que el dueño del pozo *mantendrá su titularidad en la misma forma que hasta ahora* (véase apartado 2.º de las Disposiciones Transitorias 2.ª y 3.ª del Texto Refundido de aguas de 2001), lo hace sin condicionar esa tajante declaración legal a que el acuífero mantenga su nivel freático en la cuantía que tuviera el mismo al entrar en vigor la Ley de Aguas de 1985, lo que es especialmente significativo en un sistema legal que también calificaba genéricamente a las aguas subterráneas como *recursos renovables* (arts. 1-3.º y 2, letra a, del propio Texto Refundido de aguas de 2001), o sea, para lo que aquí interesa, como recursos naturales que, en hipótesis general, la Ley de 1985 suponía que se mantendrían, por efecto de la lluvia y a lo largo del tiempo, tendencialmente estáticos y con los mismos niveles freáticos en todos los acuíferos.

O si se quiere, la Ley de 1985, al fin y al cabo dictada para el conjunto del territorio español en el que las condiciones climáticas son bastante heterogéneas, y con la generalidad que debe de caracterizar a toda norma jurídica o a toda norma legal, pareció partir de que las aguas subterráneas serían *renovables* porque tanto las bajadas como las subidas de los niveles freáticos de los diversos acuíferos tenderían a compensarse de un modo natural mediante las lluvias o tendrían un carácter, en principio y a la larga, coyuntural. Y ello, aparte de que la reprofundización de pozos no está tipificada como infracción administrativa por el artículo 116 del TR de aguas. Y aparte de que también está legalmente prevista la recarga artificial de acuíferos, que de-

---

*cualquier cambio en su ubicación, se considerarán modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento. Las actuaciones de limpieza de pozos requerirán la previa autorización de la Confederación Hidrográfica*». El artículo 1.º de este Decreto Ley 9/2006 afirmaba expresamente que su ámbito de aplicación era territorialmente limitado. De modo que el precepto más bien parecería autorizar en general las reprofundizaciones conservativas *a contrario sensu*.

(126) Véanse en cuanto a la dirección doctrinal explicada favorable a la admisión de la profundización de pozos con fines de mera conservación de los caudales, las opiniones, en tal sentido, de DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, 1989, págs. 118 a 121; DEL SAZ CORDERO, Silvia, *Aguas subterráneas, aguas públicas*, 1990, págs. 76 a 78 y 221; mi citado libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 540 y 547; y sobre todo, la explicación que he aportado en mi trabajo *Los problemas de la legislación sobre aguas subterráneas en España: posibles soluciones*, en el libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín, y Ediciones Mundi Prensa, 2002, págs. 32-33. Finalmente, también DELGADO PIQUERAS, Francisco, y GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, *Aguas subterráneas, teledetección y riego*, Albacete, 2007, págs. 101 a 104. En la minuciosamente argumentada sentencia contencioso-administrativa del TS, de 12 de noviembre de 2004, aunque no se discute directamente la posibilidad o no de profundizar los pozos de aguas de propiedad privada, se contempla un supuesto con profundización, lo que no impide al Tribunal Supremo sostener la inscribibilidad de dicho pozo que se supo profundizado por su dueño en el Registro de Aguas. Véase *RAR.*, de 2005, núm. 1932.

bería en teoría frenar el descenso de los niveles freáticos o incluso subirlos (art. 257-5.º del Reglamento de 1986-2003). Y de que tampoco parece extraerse argumento serio en contra de lo aquí sostenido de la definición reglamentaria de investigación de aguas subterráneas (art. 177 del Reglamento de 1986), que incluye sólo entre las labores que la integran la *profundización en los terrenos*. Y aparte de que un pozo es jurídicamente y en esencia un chorro de agua, una corriente discontinua de agua, y no un agujero en la corteza terrestre de cierta profundidad. El chorro (acaso discontinuo) de agua es el objeto del derecho de propiedad privada y éste es lo que la Ley de Aguas de 1985 ordenó conservar y respetar. Además, el Decreto 606/2003 parece haber recogido esta doctrina de la profundización conservativa en el nuevamente redactado artículo 171-5.º, letra c), del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, aunque discutiblemente, porque lo hace al regular la declaración de sobreexplotación de acuíferos, lo que ya parece excesivo y contradictorio con la finalidad de esa excepcional declaración administrativa. En las situaciones de normalidad, por tanto, el argumento es invocable *a fortiori*.

Lo que sí parece que puede afirmarse es, desde otro punto de vista más concreto, que la susceptibilidad de libre profundización o no del pozo podrá en ocasiones deducirse del concreto título de propiedad privada o de concesión administrativa (127), si la cuestión se ha previsto en el mismo expresa, o incluso implícitamente. Existen, por ejemplo, títulos civiles (escrituras públicas de compraventa del pozo de propiedad privada) en los que las partes o los conductores de un pozo se comprometen a distribuirse, proporcionalmente a la cuantía de sus participaciones respectivas en el caudal, caso de que éste disminuya o aumente, la propia disminución o aumento de dicho caudal, lo que, unido a una descripción minuciosa del pozo en el propio título, aludiendo, entre otros extremos, a la profundidad del mismo, parece excluir implícitamente la libre profundización del pozo. Pero podría quizá el título civil, a la inversa, haber previsto expresamente la libertad de profundización del pozo cuando se hiciera necesaria para mantener una determinada cuantía de caudal. Y algo parecido podría decirse de las concesiones administrativas. Por lo demás, en la práctica, en los pozos de propiedad privada lo que con frecuencia se ha venido haciendo los últimos años es realizar las profundizaciones del pozo con el pretexto de que se hacía una limpieza de los lodos del mismo, y sin que la tolerante Administración tuviera muchas veces apenas interés o posibilidades efectivas de llegar a conocer la concreta significación del hecho.

---

(127) En la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 8 de marzo de 2000 (RAR., núm. 966, Fundamento de Derecho 3.º) se da la interesante información de una concesión administrativa en la que el volumen anual de agua concedido se ha condicionado a la evolución futura de los niveles piezométricos y de los futuros análisis de las calidades de agua del acuífero.

Conviene advertir todavía que el artículo 84-4.º del Reglamento para la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica de 1988 establece que el plan de cuenca establecerá para cada unidad hidrogeológica, *y en la medida en que sea posible*, normas, entre otras, *sobre profundidades de perforación y de instalación de bombas*, lo que no parece que se haya hecho en la mayoría de los planes de cuenca.

En fin, en Canarias u otros territorios españoles en los que legalmente se había establecido la necesidad de autorización administrativa previa para el alumbramiento de aguas subterráneas con anterioridad a la Ley de Aguas vigente (128), me parecería lógico exigir también autorización administrativa previa, actualmente (bajo la Ley canaria de aguas de 1990, por ejemplo), para reprofundizar un pozo de aguas privadas incluso sólo con finalidad conservativa de los caudales, por coherencia con esos peculiares sistemas normativos excepcionales y tradicionales en dichos territorios. La jurisprudencia muestra casos de discutidas profundizaciones de pozos de aguas privadas que se alumbraron en Canarias bajo la Ley de Aguas de 1879 en los que, tras pleitos de muchos años, el Tribunal Supremo declara caducadas las autorizaciones administrativas de dichos pozos y prohíbe la continuidad o reanudación del aprovechamiento de esas aguas privadas (129). En la práctica estas resoluciones judiciales equivalen prácticamente a la declaración de la extinción de la propiedad privada sobre esas aguas, pero ya se ve que, formal o rigurosamente, no es exactamente lo mismo, por lo que quizá debería reconocerse en tales casos, o en algunos de ellos, la posibilidad todavía de defender la propiedad privada del agua ante la jurisdicción ordinaria.

En los casos en los que el dueño de un pozo de aguas privadas realice profundización que le aumente el caudal originariamente accesible o consiga dicho aumento de cualquier otro modo (instalación de bomba extractora más potente, por ejemplo), deberá la Administración poder sancionar al infractor y, exigiendo en su caso indemnización de daños al dominio público hidráulico, forzar la reducción obligada del consumo de agua a sus iniciales niveles autorizados por el derecho de propiedad. Pero tampoco se debería derivar de dicha conducta, incluso siendo dolosa, en mi opinión, por aplicación del

---

(128) Existen algunas sentencias contencioso-administrativas del TS relativamente recientes que todavía resuelven conflictos de profundizaciones de pozos de aguas privadas alumbrados bajo la Ley de Aguas de 1879. Por ejemplo, la de 25 de enero de 1996 (*RAr.*, núm. 454); la de 17 de noviembre de 1997 (*RAr.*, núm. 9661) y la de 5 de marzo de 1998 (*RAr.*, núm. 2292). Véase cómo en esta tercera sentencia, por ejemplo, el TS se muestra partidario de que se solicite a la Administración la profundización de un pozo de aguas privadas, y de desbloquear un expediente de autorización administrativa de la misma, que estaba atascado por resoluciones administrativas ordenando el archivo de la solicitud de la autorización administrativa para la profundización.

(129) Véanse, por ejemplo, con dicho significado y alcance, las sentencias contencioso-administrativas del TS de 28 de mayo de 1998 (*RAr.*, núm. 4198) y la de 22 de julio de 1998 (*RAr.*, núm. 6909).

apartado 3.º de la Disposición Transitoria 3.ª, y por ministerio de la ley, la automática sanción de la pérdida de la propiedad privada sobre esas aguas y su total transformación en aguas públicas, susceptibles ya sólo en adelante de concesión administrativa.

Volvamos ahora al sentido general del apartado 3.º de la Disposición Transitoria 3.ª. Una interpretación cuasicorrectora y muy forzada pero que, acogida por el Tribunal Supremo, conseguiría restablecer en parte la racionalidad del sistema legal, sería la que sostuviera, poniendo todo el énfasis en la frase de este apartado 3.º de la Disposición Transitoria 3.ª: *según lo establecido en la presente ley*, que la oportuna concesión a que alude el precepto para *amparar la totalidad de la explotación* sería sólo una concesión solicitable y otorgable respecto del «exceso» de caudales necesitados y solicitados sobrepasando el caudal inicial y objeto del derecho de propiedad originario, derecho inicial que, en el límite de su misma cuantía, seguiría en todo caso como tal propiedad privada del agua. Y ello, de modo que la *modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento* que permitiría la petición de una nueva concesión extendida al total de la explotación sería sólo la de apertura de nuevos pozos o perforaciones para intentar mantener el mismo caudal que se tenía antes en el conjunto de la misma explotación o *aprovechamiento*. De modo que todas las otras modificaciones (menores) del aprovechamiento de aguas privadas, distintas de abrir nuevos pozos, podrían ser reconducidas, mucho más razonablemente, a la mera autorización administrativa del artículo 64 del TR de 2001 (cfr. también art. 80-1.º del TR) a través de la remisión general que hace el apartado 4.º de la Disposición Transitoria 3.ª del TR. Porque si la mera autorización administrativa basta para admitir modificaciones de los derechos típicos (concesiones) sobre aguas públicas, con mayor razón debiera de bastar esa misma autorización administrativa para admitir modificaciones de los más consistentes derechos típicos (propiedad privada) sobre aguas privadas. Quizá con esta forzosísima interpretación conseguiría superarse esta desdichada norma sobre la llamada *congelación* de la propiedad privada del agua, cuya rigurosa aplicación, por lo demás, tampoco resulta nada fácil en la práctica para la Administración.

Y todavía creo que se puede admitir, no obstante, que podrían llegar a existir supuestos, aunque excepcionales, en los que el apartado 3.º de la Disposición Transitoria 3.ª del Texto Refundido de Aguas, a pesar de la explicada gestación errónea de la norma, podría llegar a tener alguna utilidad o viabilidad aplicativa. Habría de tratarse, en mi opinión, de supuestos probablemente relacionados casi siempre con pozos con caudales de modesta cuantía y siempre que se cuente además con que es la voluntaria y consciente petición del propietario de las aguas privadas la que desencadene la eficacia del precepto, bien conocida en sus efectos por aquél. Un precepto que, digamos, encierra una trampa en su aplicación más asequible u ordinaria, podría llegar también a te-

ner sentido como cauce razonable a una voluntad negocial sana y no viciada del dueño de las aguas privadas. Al fin y al cabo la renuncia a la propiedad privada del agua es admisible y parece que produce, por ministerio de la ley, la transformación en públicas de las aguas objeto de la misma (130). Por ejemplo, si un propietario de una finca con un pozo con caudales de propiedad privada de dos litros por segundo decide voluntariamente solicitar a la Administración hidráulica una concesión por otros dos litros por segundo, quizás sería razonable, en aras a una simplificación del régimen jurídico y en beneficio de la seguridad jurídica, que su pozo, acaso luego profundizado o con instalación de nueva bomba extractora más potente, se entendiera para en adelante como plenamente de aguas públicas y en régimen de concesión administrativa, mejor que no como un pozo en el que la mitad de sus caudales fueran de propiedad privada y la otra mitad fueran de dominio público.

O lo mismo si el propietario de una finca con un pozo con unos caudales de propiedad privada de dos litros por segundo, que viniera dedicando esas aguas al riego de vides o de coles, decidiera dedicar las aguas a algún nuevo destino económico que fuera a producir posible contaminación del acuífero (refrigeración de una nueva industria química que se instala; granja de gran tamaño de cerdos, que producirá abundantes purines de difícil eliminación, etc.).

En casos como éstos podría llegar a reconocerse un fundamento razonable a la aplicabilidad del apartado 3.º de la Disposición Transitoria 3.ª del Texto Refundido de aguas de 2001. Pero la aplicabilidad del precepto debe entenderse siempre, por las razones explicadas y como aconseja toda la doctrina científica seria, muy restrictivamente y condicionada a ese fundamento razonable en los efectos prácticos conseguidos en el caso concreto. Las limitaciones a la propiedad privada deben tener siempre un fundamento razonable y cumplir una *función social* (art. 33-2.º de la Constitución Española). En conclusión, la regla del apartado 3.º de las Disposiciones Transitorias 2.ª y 3.ª, nacida conocidamente de retoques precipitados y poco meditados sobre el borrador de los anteproyectos de la Ley de Aguas de 1985, resulta muy peligrosa para la seguridad jurídica. Y hoy puede complicarse todavía más su eventual aplicación si se relaciona con la eventual necesidad de Declaración de Impacto Ambiental que podría derivarse en algún caso respecto de un pozo de aguas privadas del artículo 98 del Texto Refundido de 2001. Las decisio-

---

(130) Cfr., en tal sentido, mi libro de 1996, págs. 513 a 515. Quizá hasta podría defenderse que todo propietario de aguas privadas pudiera, renunciando a su propiedad sobre el agua, obtener una concesión administrativa sobre las mismas aguas y poder solicitar, entonces, lógicamente (art. 80-1.º del TR) la inscripción de esa concesión en el Registro de Aguas. Podría acaso reconducir a esto una jurisprudencia inteligente la defectuosa norma del apartado 3.º de la Disposición Transitoria 3.ª, que tanta inseguridad jurídica ocasiona hoy.

nes de los tribunales sobre dicha regla podrán ser previsiblemente muy diferentes, y se trata de una cuestión vital que el legislador debió haber dejado resuelta con claridad.

C) EL APARTADO CUARTO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA

Otra regla limitativa de la propiedad privada, y también muy importante, es la recogida en el apartado 4.º de las Disposiciones Transitorias 2.ª y 3.ª del TR: «*En todo caso, a los aprovechamientos de aguas privadas a que se refiere esta Disposición Transitoria, les serán aplicables las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad, y en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico*».

Entre las normas que expresamente declara el precepto aplicables a las aguas privadas está el artículo 58 del TR de aguas, que para casos de sequía grave permite al Gobierno ordenar por Decreto restricciones del aprovechamiento del agua. Estos Decretos, por tanto, imponen restricciones tanto al aprovechamiento de los titulares de concesiones administrativas como a los propietarios privados de aguas, sin que tenga sentido pretender obligar a la Administración a indemnizar a estos últimos por dichas restricciones, que forman parte del estatuto legal ordinario de la propiedad privada del agua, indemnizaciones que sin razón impusieron a la Administración las sentencias de la Sala 3.ª, Sección 6.ª, del Tribunal Supremo de 30 de enero y de 14 de mayo de 1996 (131). Se trató de una desafortunada doctrina jurisprudencial, que rectificó pronto el propio Tribunal Supremo, desde su sentencia de la misma Sala y Sección de 18 de marzo de 1999, luego seguida por otras muchas sentencias más del propio Tribunal (132). Aparte de ello, ha zanjado también la cuestión en el plano normativo, con discutible oportunidad y acierto, la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 46/1999 (hoy Disposición Adicional 7.ª, apartado 2.º del TR).

Como se ve por su propia redacción, el precepto del apartado 4.º de la Disposición Transitoria 3.ª, lógicamente, no ordena la necesaria y plena aplicación a las aguas privadas de todas las reglas relativas al dominio público hidráulico, sino genéricamente la posible aplicación de algunas de ellas a las

---

(131) Véanse ambas sentencias, respectivamente, en *RAr.*, núm. 395 y *RAr.*, núm. 4368.

(132) Cfr. respecto de la plenamente convincente sentencia de 18 de marzo de 1999, *RAr.*, núm. 3153, ponente: José Manuel SIEIRA MÍGUEZ. La doctrina de esta sentencia ha sido seguida fielmente por otras veintitantas sentencias posteriores del propio TS. Cfr. también sobre esta cuestión, DELGADO PIQUERAS y GALLEGO CÓRCOLES, *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, 2007, págs. 105 a 114.

aguas privadas. La delimitación precisa del ámbito del precepto no es fácil porque muchas de las reglas aludidas en el mismo hubieran podido aplicarse a las aguas subterráneas aunque todas ellas hubieran sido mantenidas privadas por la ley. Por exigencias sistemáticas, y aun a la vista del artículo 53-1.º de la Constitución y 5-1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, el precepto, peligroso para la seguridad jurídica, deberá interpretarse con prudencia y restrictivamente. Recuérdese que las aguas privadas y las públicas son diferentes desde hace siglos y que la propia Ley de 1985 se atrevió a poner un límite temporal imperativo (cfr. Disposición Transitoria 1.ª: setenta y cinco años) a las concesiones administrativas perpetuas o a derechos perpetuos adquiridos por usucapión sobre aguas públicas, pero no a la propiedad privada del agua; y que la Administración ha tenido hasta hace muy poco (Ley 11/2005, de 22 de junio) más dificultada la entrada en las fincas privadas para controlar las aguas subterráneas privadas que para controlar las aguas subterráneas públicas (cfr. art. 333 del Reglamento de 1986).

En esta línea, por ejemplo, no todas las reglas sobre planificación hidrológica, sino más bien una minoría de ellas (133), serán a estos efectos normas *relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico*. Ni parece que pudiera imponerse el pago de un canon por ley en el supuesto de mero uso de aguas privadas, invocando esta norma considerada (134). Ni parece en principio que, con base en la misma, pudiera la Administración imponer una sustitución de caudales como la prevista en el artículo 61.3.º del TR de aguas al propietario de unas aguas privadas. Ni parece que la normativa sobre reutilización de aguas depuradas (art. 109-1.º del TR y Decreto 1620/2007, de 7 de diciembre) sea aplicable, en principio, a las aguas subterráneas privadas, de modo que el dueño podría libremente por su cuenta y a su costa desalinizarlas o depurarlas, sin necesidad de control administrativo, salvo que haya implicada una fuerte exigencia de calidad del agua o de potabilidad, por estar

---

(133) Cfr., en tal sentido, mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 596 a 603. O también DEL SAZ CORDERO, «¿Cuál es el contenido de los derechos privados sobre las aguas subterráneas?», en el libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín y Mundi Prensa, 2002, págs. 83-84.

(134) Parece hacerlo (imponer un canon por consumo de aguas privadas que concibe como un impuesto con finalidad ecológica), sin embargo, la vigente Ley catalana 6/1999, de 12 de julio, Ley evidentemente redactada por administrativistas y que no distingue en ningún momento entre aguas públicas y aguas privadas (cfr. arts. 37-3.º; 39-1.º y 2.º, y 41-2.º, por ejemplo). Aunque el criterio de esta Ley es sin duda razonable, y reconociendo que desconozco cómo se está aplicando la misma, debo decir que me ofrece dudas su legalidad. El Tribunal Supremo tiene insistentemente declarado que, por ser de propiedad privada de los usuarios el embalse de Alarcón, no tienen éstos que pagar el canon de regulación a la Confederación Hidrográfica del Júcar. Véase la sentencia de la Sección 2.ª de la Sala contencioso-administrativa del Alto Tribunal, de 2 de abril de 2002, *RAr.*, núm. 3545, y las otras varias sentencias allí mismo citadas. El Tribunal Supremo explica que es irrelevante que la Confederación del Júcar viniera encargándose de la conservación y explotación del embalse de Alarcón.

destinada al abastecimiento de poblaciones (aunque ese destino al servicio público ya la habrá publicado antes). Ni parece que pudiera ser aplicable a las aguas privadas el severísimo régimen de revisión por gestión ineficiente del artículo 65, apartados 2.º y 4.º (normas procedentes de la Ley 9/1996, dictada bajo una agobiante sequía); ni la caducidad por falta de uso durante tres años regulada en el artículo 66.2.º, ambos del TR de aguas. En general, parece que no son relativas a las *limitaciones sobre el uso*, a los efectos de esta genérica norma transitoria, las normas relativas a la constitución o extinción de los derechos sobre aguas públicas.

En cambio, y aunque se haya discutido, creo que, con las matizaciones que se harán en el último epígrafe de este trabajo, la Administración podría imponer en ciertos casos a los propietarios de aguas privadas la formación obligatoria de comunidades de usuarios, ya entre ellos, ya junto con concesionarios u otros titulares de derechos sobre aguas públicas (cfr. arts. 79 y 80, además del art. 54 de la Ley de Aguas de 1985), interpretación claramente reforzada por las nuevas versiones de estos preceptos introducidas por la Ley 46/1999, y hoy recogidas en los artículos 87 y 88 del TR. Parece que también se podrán imponer a los titulares de aguas subterráneas privadas sistemas de medición o caudalímetros (art. 55-4.º del TR, y pese a la letra de la Disposición Adicional duodécima de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional). Igualmente se deberán aplicar a los pozos de aguas subterráneas privadas, la normativa de seguridad sobre pozos que está pensada para las minas (135).

En cuanto a la normativa sobre protección de la calidad de las aguas y de las subterráneas, en particular, se ha afirmado que dicha normativa resultará igualmente aplicable a las mismas tanto si se trata de aguas públicas como si de aguas privadas (136). Y lo mismo parecen pensar implícitamente las Directivas europeas y las normativas sobre Declaración de Impacto Ambiental, y el resto de la legislación sobre la protección de la calidad del agua, que no mencionan para nada las aguas privadas y parecerían acaso presuponer que todas fueran públicas, y los muchos autores que, al estudiar este tema, ni siquiera se molestan en mencionar la existencia de las aguas privadas. La

(135) Véanse, por ejemplo, insistiendo en la aplicabilidad de esas normas sobre seguridad minera a los pozos de aguas subterráneas, y en particular en la aplicabilidad del Decreto 863/1985, de 2 de abril, las sentencias contencioso-administrativas del TS de 4 de julio de 2000 (*RAr.*, núm. 4788); de 14 de julio de 2003 (*RAr.*, núm. 6034); y de 24 de marzo de 2004 (*RAr.*, núm. 2361). La segunda de estas tres sentencias considera las normas del Decreto de 1985 como normas imperativas mínimas aplicables en todo el territorio nacional, aunque con exigencias ampliables por las Comunidades Autónomas. Por lo demás, el viejo Reglamento de policía minera, de 23 de agosto de 1934, fue también modificado en varias ocasiones y, entre ellas, el 3 de junio de 1986, para adaptarlo a la Ley de Aguas y contemplar expresamente las aguas subterráneas.

(136) Cfr., en tal sentido, SANZ RUBIALES, Íñigo, *Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico*, Madrid, 1997, págs. 20-21.

Directiva Marco europea de 23 de octubre de 2000, creo que muy conscientemente aunque con discutible criterio dada la fuerte influencia del Derecho romano en todo el Derecho continental, no hace la más mínima mención de las aguas privadas o sobre la titularidad pública o privada de las aguas.

Sin embargo, a mí me parece, para el Derecho español, por las razones genéricas dadas al principio de este subepígrafe, y aun reconociendo una genérica vocación retroactiva a las normas relativas a la calidad del agua, que esa supuesta equiparación entre ambas clases de aguas sólo puede aceptarse como algo tendencial y no como algo total. Parece que la Administración habrá de velar con mayor rigor por la calidad de las aguas públicas que por la de las privadas, y que el rigor en velar por la calidad de las aguas privadas deberá ser tanto mayor cuanto mayor sea la interconexión o comunicación de las aguas privadas con las aguas públicas más próximas. No parece que puedan ser idénticas las competencias de la Administración hidráulica en cuanto a esto, por ejemplo, en una laguna pública, que en una laguna privada. Y lo mismo si comparásemos pozos. En compensación, también me parece probable que el dueño de aguas privadas tenga, en tanto que dueño (cfr., por ejemplo, art. 1908-4.º del Código Civil), una responsabilidad civil por posibles daños causados por sus aguas algo más intensa que la que en casos similares pueda tener sobre sus aguas públicas un concesionario de las mismas. Éste parece que debería tener tras de sí a la Administración hidráulica (arts. 139 y sigs. de la Ley 30/1992) en muchas más ocasiones que un propietario de aguas privadas, acaso no amparado, como sabemos, por ejemplo, por la llamada *protección administrativa*.

Obsérvese, además, que las aguas privadas y las subterráneas privadas, en particular, escapan de modo prácticamente general (salvo, acaso, si se solicitan obras de reforma o incrementos de los caudales de agua: art. 98 TR) del control que supondrá en el futuro la Declaración de Impacto Ambiental, por la vocación puramente preventiva de este instrumento jurídico, que no contempla actuaciones ya realizadas ni derechos subjetivos ya consolidados. En buena lógica, donde ya haya muchos derechos sobre aguas privadas, la Declaración de Impacto Ambiental habrá de servir para dificultar el otorgamiento de nuevos derechos sobre aguas públicas de ese mismo acuífero (nuevas concesiones), porque está demostrado que la disminución de la cantidad de agua disponible agudiza los problemas de la calidad del agua. Véase, con todo, la Disposición Adicional 7.ª del TR de 2001. Por ahora, no conozco que exista jurisprudencia relevante del Tribunal Supremo sobre aplicación de la Declaración de Impacto Ambiental ni siquiera a aguas subterráneas públicas (137).

---

(137) Con la salvedad, acaso, de la sentencia contencioso-administrativa del TS de 30 de mayo de 2001 (*RAr.*, núm. 4550), que he citado al tratar de la protección de la calidad de las aguas públicas.

D) LA «PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA» DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

Otro punto en que el legislador ha dejado poderes excesivos a la Administración y a los tribunales es, al menos en teoría, el de la *protección administrativa* que, con gran generalidad, se promete, junto a los titulares de concesiones administrativas sobre aguas públicas acaso también subterráneas (no, al menos literalmente, a los titulares de otros títulos administrativos, como autorizaciones) inscritos en el Registro de Aguas, a los titulares de derechos sobre aguas privadas que se hubieran inscrito también en el Registro de Aguas en el plazo de los tres primeros años de vigencia de la nueva Ley (cfr. art. 80.3.º y apartado 2.º de las Disposiciones Transitorias segunda y tercera del TR, y apartado 1.º de la Disposición Transitoria 4.ª, que generaliza la idea a todas las aguas privadas, lo que creo incluye a las lagunas con tales aguas).

Esta expresión de *protección administrativa* ha sido inventada e introducida con muy dudoso acierto por los autores de la Ley de Aguas de 1985 y carecía hasta ahora de sentido técnico preciso. En los antecedentes de esta Ley se encuentra la errónea idea de sus autores, que no entendían bien la diferenciación entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa, de que la solución de conflictos entre particulares, o incluso de propietarios de aguas privadas entre sí, era en su creencia uno de los cometidos ordinarios de la Administración. Quizá confundían ese inexistente cometido ordinario o potestad de la Administración con sus facultades de policía o con las denuncias a la Administración que pueden desencadenar sanciones y hasta decisiones administrativas que inciden, evidentemente, sobre los conflictos entre los particulares y sobre sus concretas posiciones jurídicas y derechos subjetivos (138). Entendiendo por *protección administrativa*, un poco en la

---

(138) Cfr. mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 71 a 74 y sigs. Ejemplos de cómo en la jurisprudencia sobre sanciones administrativas se pueden declarar en cierta medida y se declaran en la práctica derechos subjetivos sobre aguas, incluso privadas, y de cómo a veces también se ha impedido el ejercicio de esos derechos o, en particular, se han clausurado pozos, pueden encontrarse muchos tanto antes como después de la vigencia de la actual Ley de Aguas de 1985. Cfr., por ejemplo, en un caso de Canarias anterior tanto a la Ley estatal de 1985 como a la Ley canaria de 1987, la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 25 de enero de 1996 (*RAr.*, núm. 454), en el que se da por bueno el taponamiento de un sondeo de un pozo de aguas privadas alumbrado en 1946 y que se pretendía profundizar solicitando esto a la Administración el 25 de noviembre de 1986. O véase la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 15 de noviembre de 1999 (*RAr.*, núm. 8265), en la que el TS, poniendo el énfasis en la congruencia de su decisión, declaró, rechazando que se hubiera de acudir necesariamente a la jurisdicción civil para ello, el derecho a aprovechar ciertos caudales de aguas de un pozo en El Egido (Almería), aunque disfrazándolo como derecho meramente al uso del agua y que no implicaba cuestión de propiedad, y aunque considerando ilícito el establecimiento de un nuevo invernadero, y rebajando la sanción administrativa con ocasión de un procedimiento sancionador. A la inversa, la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 27 de abril de 1998 (*RAr.*, núm. 3645) ordenó la prohibición de usar un pozo mientras no se obtuviese

línea de esa errónea idea originaria, como parece hacer el originario artículo 72.3 de la Ley (art. 80-3.º del TR), por lo que aquí interesa, los actos administrativos ejecutorios dictados en conflictos entre particulares en favor de los titulares de derechos sobre aguas privadas inscritos en el Registro de Aguas y a instancia de parte (139), el precepto merecerá también una aplicación prudente y restrictiva, aparte de que, por su nulo desarrollo legislativo y su vaguedad, producirá innumerables dudas sustantivas y procesales (140).

---

concesión administrativa, aunque anulándose la sanción impuesta al titular, por falta de la necesaria culpabilidad, dentro también de un procedimiento sancionador. El TS, significativamente, deja *a salvo lo que, con posterioridad a las resoluciones recurridas, haya podido suceder, que este Tribunal desconoce*. En muchas resoluciones como éstas, me parece claro, cuando estén en juego derechos de propiedad privada sobre aguas, que cabrá en teoría, y en principio, una defensa ulterior de dicha propiedad ante la jurisdicción civil.

(139) Cfr., en primer lugar, en tal sentido, DEL SAZ CORDERO, Silvia, *Aguas subterráneas, aguas públicas*, 1990, págs. 233-234, 296-297, 301 y 305 y sigs.; y también, PÉREZ PÉREZ, Emilio, en su comentario a la Ley de Aguas en los *Comentarios de EDERSA*, 1991, pág. 378; MÁS BADÍA, M.ª Dolores, *El nuevo régimen jurídico de las aguas*, 1993, págs. 247 y sigs. y 254 y sigs.; y mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 657 a 663.

(140) Quizá no se pueda descartar del todo, en estos tiempos de un cierto vulgarismo jurídico y de «pensamiento débil», que tenga algún futuro en nuestro ordenamiento legal la expresión *protección administrativa*, pero parece difícil que cuaje la idea como noción jurídica consistente y uniforme sin un desarrollo legal concreto y socialmente útil. El artículo 47-3.º de la Ley 13/1985, de 25 de junio, sobre Patrimonio Histórico Español, ofrece una muy brumosa *protección administrativa* al patrimonio etnográfico. La Ley de Costas de 1988, más inteligente y progresiva que la Ley de Aguas de 1985, no sólo no recoge, al regular su Registro Administrativo correspondiente (art. 37), esta peculiar criatura de la *protección administrativa*, sino que allí mismo advierte de que en caso de ocupación por un tercero del dominio público marítimo terrestre: «*la Administración no asumirá responsabilidades de ningún tipo respecto al titular del derecho a la ocupación o a terceros*» (art. 37-1.º). Reflexioné sobre el futuro de una *protección administrativa* de las aguas mejor regulada legalmente que la actual, en mi libro de 1996, págs. 805 a 811. Para mis reflexiones en un planteamiento de *lege lata*, sobre el encaje de nuestro problemático precepto, sin apenas base o desarrollo normativo legal, en la cuestión de la delimitación de jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa y más bien presuponiendo que no se planteara formalmente conflicto de jurisdicción entre la Administración y los tribunales (Ley 2/1987, de 18 de mayo), y procurando explorar una incidencia posible del precepto sobre dichos esquemas legales generales en beneficio de una mejor protección de los derechos subjetivos sobre las aguas, véase ese mismo libro de 1996, págs. 694 a 704 y 704 a 706.

En ese mismo libro he hecho alusión, sin explicarla del todo, a una anécdota histórica que quizá esté en el origen de la curiosa regulación del artículo 72-3 de la Ley de 1985. Un día de la primavera de 1985 mantuve en un bar zaragozano una entrevista con el diputado ponente de la que sería luego la Ley de Aguas de 1985, que era de Zaragoza y químico de profesión, intentando prevenirle de varios muy graves defectos que yo percibía en el proyecto de ley. El intento de diálogo resultó imposible. Fui adoctrinado con un aluvión de consignas políticas y el químico y diputado no entendió nada de lo poco que pude llegar a decirle. Sin embargo, parece que tomó nota de que le dije, con insistencia, que eso de la *protección administrativa* los juristas estudiosos del Derecho de aguas no entendíamos qué quería decir. El artículo 72-3.º de la Ley de 1985 puede que fuera la respuesta a esa interpelación de nuestro poco preparado legislador. Cfr. mi libro de 1996,

Quizá la futura jurisprudencia (si es que llega a haberla de importancia) más sensata al respecto pueda orientarse un tanto, a falta de todo otro apoyo normativo, en la doctrina y la jurisprudencia elaboradas en torno al artículo 41 de la Ley Hipotecaria, precepto de frecuentísimo uso, y hoy desarrollado en sus aspectos procesales en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, y precepto que presenta considerable semejanza con el mencionado artículo 80.3.º del TR de aguas. Pero este precepto legal del TR, nacido o gestado como explico desde una cierta confusión o un error doctrinal, es una pieza muy difícil de encajar en el sistema de protección de derechos subjetivos de nuestro Ordenamiento jurídico y plantea, como queda explicado, muchas dudas sustantivas y procesales (141).

Parece claro que el conjunto de las potestades administrativas de la Administración hidráulica, y entre ellas la de imponer indemnizaciones por daños causados al dominio público hidráulico (art. 118-1.º del TR) o incluso indemnizaciones entre particulares por reajustes de caudales impuestos por la Administración en caso de necesidad (art. 55-2.º del TR), o las habituales resoluciones de expedientes de autorizaciones o concesiones administrativas, se podrán ejercer plenamente contra los titulares de derechos inscritos en el Registro de Aguas, pero es mucho más difícil saber en qué incrementa esas potestades el artículo 80-3.º del TR cuando se ejerzan contra titulares de derechos sobre aguas que no estén inscritos en el Registro de Aguas, siendo que se reconoce siempre que este Registro tiene naturaleza meramente declarativa y no está bajo la salvaguardia de los tribunales (142).

---

pág. 654, nota 354. Por otra parte, mis concretas (y creo todavía que sensatas y oportunas) propuestas de retoque del borrador de la que habría de ser la Ley de Aguas de 1985 las envié al Grupo parlamentario socialista en el Congreso, antes de publicarlas en mi trabajo sobre aguas subterráneas de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia de 1985, donde todavía pueden consultarse. No se me hizo ningún caso. Por ello, el profesor Lorenzo MARTÍN RETORTILLO aludió a una cierta *altivez* del legislador de 1985 en su prólogo a mi libro sobre aguas subterráneas de 1990 (cfr. pág. XXI).

(141) Cfr. mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 682 a 728.

(142) La sentencia contencioso-administrativa del TS, de 30 de mayo de 2001 (*RAr.*, núm. 4550) reconoce esa naturaleza declarativa del Registro de Aguas, pese a que estaba interesado el Alto Tribunal en rechazar la casación y la reclamación de un Ayuntamiento que sostenía, en su impugnación y en su recurso de casación, que la cuantía de los caudales de un pozo de propiedad privada inscrito en el Registro de Aguas a favor de una comunidad de regantes era realmente menor de la que reflejaba el asiento de inscripción. El TS afirma que hay una «presunción de verdad» del Registro de Aguas, llega a relacionar la cuestión con el artículo 72-4.º de la Ley de Aguas relativo a la «protección administrativa», y afirma también, acaso con exceso de formalismo en el caso concreto, que no se podía entrar en casación a conocer si se había o no destruido la «presunción de verdad» que emana del mencionado Registro. Muy interesante es también la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 20 de junio de 2007 (*RAr.*, núm. 5345), en la que se anula una sanción por pretendida infracción muy grave impuesta por el Gobierno (más de trescientos mil euros) a la comunidad de bienes copropietaria de un cortijo con pozos de propiedad privada inscritos en el Registro de Aguas con un determinado caudal, que se pretendía se había sobrepasado.

Entre otras, se plantea la duda, en el fondo, puesto que el artículo 72-3.º de la Ley de 1985 (y art. 80-3.º del TR) alude literalmente a derechos inscritos en el *correspondiente Registro*, y según una versión procedente de un anteproyecto de ley de 1984 en el que todavía no existía el Catálogo de Aguas Privadas y versión mantenida luego al crearse éste, de porqué no habría de alcanzar a los derechos inscritos en este último Catálogo ese nuevo y problemático cometido ordinario de la Administración hidráulica de proteger, en conflictos entre particulares, derechos subjetivos sobre aguas inmatriculados en su(s) registro(s). La duda, en fin, de porqué y cómo habría de proteger a instancia de parte la Administración al titular de un pozo de aguas privadas inscrito en el Registro de Aguas frente al titular de un preexistente pozo de aguas privadas inscrito en el Catálogo de Aguas privadas o no inscrito en ningún registro (143). Y si estas dudas caben, acaso deben caber también las de si proporciona algún tipo o modalidad de *protección administrativa* la inscripción a nombre del Organismo de cuenca de las reservas de caudales en el Registro de Aguas (art. 92-2.º del Reglamento de 1986-2003) o el Registro de Zonas Protegidas por razones ambientales instaurado por la Ley 62/2003.

Pero todas estas dudas, dado el origen último en una confusión o error de los autores de la Ley de 1985, temo que no puedan nunca responderse coherentemente en el plano dogmático. No supusieron tal respuesta, en concreto, algunas alusiones de pasada al tema, y en esto poco convincentes, hechas por

---

sado, consumiendo más agua de la debida. La inscripción y fijación de ese caudal se ordenó por un acuerdo del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, de 6 de agosto de 1998. Pero una sentencia posterior, de 11 de mayo de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, reconoció como caudal de los pozos de los copropietarios una cantidad superior al doble de la que había reconocido en la inscripción la Administración, a consecuencia de lo cual, evidentemente, decayó la idea de un supuesto exceso en el consumo de agua por los recurrentes y el TS anuló la sanción impuesta, obligando a la Administración a restituir el importe de la misma, de la indemnización pagada por pretendidos por daños al dominio público y el interés legal de ambas cantidades.

(143) Aunque sin relacionar expresamente la cuestión que resuelve con la «protección administrativa», no invocada tampoco por el titular registral impugnante y luego recurrente en casación, la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 19 de junio de 2003 (*RAr.*, núm. 5874, ponente: Ricardo ENRÍQUEZ SANCHO), dio por buena muy razonablemente, demostrando implícitamente que el Registro de Aguas no está bajo la salvaguardia de los tribunales, una resolución administrativa de la Confederación Hidrográfica del Segura, de 20 de diciembre de 1994, que había ordenado la anulación de la inscripción de un pozo en el Registro de Aguas y la clausura del sondeo, por haberse probado en un expediente administrativo la existencia anterior de otro pozo incompatible con el inscrito. Y la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 29 de enero de 2004 (*RAr.*, núm. 662), casa la sentencia impugnada por la empresa compradora de un pozo a cuya inscripción en el Registro de Aguas se oponía la Confederación Hidrográfica del Tajo, y ordena esa inscripción, que considera injustificadamente rechazada, de un pozo de aguas privadas que había sido autorizado por la Administración en 1974 y próximo a las aguas del río Algodor. Pero advierte el TS, con toda razón, al final de su argumentación, que lo que sí podría hacer la Administración es investigar en un expediente específico si el pozo inscrito sustrafía o no aguas del río, y acordar, en su caso, el cese de dicho aprovechamiento.

la sentencia 227/1988 (FJ 8.º), intentando defender las transitorias de la Ley de 1985, y afirmando que la Administración no tiene por qué defender los derechos ajenos que no conoce ni controla. El Tribunal Supremo no ha aportado hasta ahora doctrina elaborada y de interés o enjundia sobre este complejo asunto (144).

Por otra parte, algunos autores, invocando el artículo 68 de la Ley de Aguas de 1985 (hoy art. 76 TR), han defendido que la *protección administrativa* consiste también, aparte de lo ordenado en el artículo 80-3.º del TR, en que la Administración podrá desconocer los derechos no inscritos en el Registro de Aguas cuando otorgue nuevas concesiones administrativas sobre aguas (145). Sin embargo, considero dicha tesis, aparte de contraria a la tradición de nuestro Derecho, insostenible e incompatible con las reglas del procedimiento administrativo y con el sistema de protección de los derechos subjetivos de nuestro Ordenamiento Jurídico (146). Y por supuesto, además, la inscripción de un derecho sobre aguas privadas en el Registro de Aguas, que el Tribunal Supremo suele considerar además de efecto meramente declarativo, nunca puede prevalecer sobre la inscripción o inmatriculación que exista sobre esas mismas aguas en el Registro de la Propiedad (147).

Alguna jurisprudencia, sin embargo, ha venido a coincidir con la tesis doctrinal que he criticado extensamente y a la que acabo de aludir. Así que la curiosa criatura legal de la *protección administrativa*, que no ha aportado beneficios conocidos a la jurisprudencia en más de veinte años, sí parece haberla desorientado en ocasiones.

Una sentencia de nuestro Tribunal Supremo en la que se comprueba lo peligrosa que resulta esa noción e interpretación criticada de *protección administrativa*, según la cual la Administración podría libremente desconocer los derechos subjetivos no inscritos en el Registro de Aguas, es la de la Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 18 de noviembre de 1998 (148), en la que se acepta

---

(144) En algunas ocasiones el TS ha afirmado que la *protección administrativa* del artículo 72-3.º de la Ley de Aguas (art. 80-3.º del TR) no es aplicable contra titulares de aguas subterráneas que contaban con una autorización administrativa en su favor. Cfr., por ejemplo, las sentencias contencioso-administrativas de 9 de diciembre de 1997 (*RAr.*, núm. 9515); o de 23 de noviembre de 2000 (*RAr.*, núm. 9138). Véase también la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 2 de abril de 2001 (*RAr.*, núm. 8987) con algunas afirmaciones sobre nuestro asunto, pero no demasiado trascendentes para la resolución del caso y bastante discutibles.

(145) Cfr. DEL SAZ CORDERO, Silvia, *Aguas subterráneas, aguas públicas*, 1990, págs. 297, 233 y 60-61; y MÁS BADÍA, M.ª Dolores, *El nuevo régimen jurídico de las aguas*, 1993, págs. 121 a 124, 150 a 152; 251-252, y 262 a 264.

(146) Cfr. mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 663 a 672.

(147) Cfr. mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 672 a 682.

(148) El manantial de aguas privadas estaba situado en Canarias y había sido aforado en 1972, y el Tribunal Superior de Justicia de Canarias había dado la razón al propietario del manantial, reconociendo responsabilidad patrimonial de la Administración por las obras

absurdamente que por falta de inscripción de la propiedad de las aguas privadas de un manantial en el Registro de Aguas, y por falta de la consiguiente *protección administrativa*, la Administración pueda impunemente dañar, sin tener que indemnizar al dueño de las aguas, la propiedad privada de esas aguas y sustraerlas mediante la realización de unas obras de derivación de la corriente y cauce del manantial de propiedad privada. Y en otra sentencia contencioso-administrativa del propio Tribunal Supremo, de 29 de junio de 2004 (149), se vuelve a usar semejante doctrina, aceptando absurdamente que la Administración hidráulica otorgue una concesión administrativa sobre aguas que en realidad eran aguas privadas de la corriente de un manantial natural (concesión administrativa sobre esa corriente y no sobre meras aguas sobrantes o idas del mismo, únicas sobre las que se hubiera podido otorgar una concesión administrativa y sólo, entonces, necesariamente, *a precario*). En fin, en la sentencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2003 (150), y aunque aquí sólo como argumento que no era *ratio decidendi* sino dado a mayor abundamiento, el Alto Tribunal argumenta, en un proceso sobre la discutida necesidad de nueva valoración de la propiedad privada de un pozo sometido a expropiación, que no procedía acceder a la nueva valoración de ese pozo de propiedad privada, entre otras razones, porque no constaba en autos que se hubiese solicitado la inscripción del pozo durante los tres años correspondientes en el Registro de Aguas.

Desde luego que, ante tan inaceptables soluciones y argumentaciones (151), por fortuna no seguidas en otros casos por el Tribunal Supremo (152), no

---

invasoras de la propiedad privada del agua. El TS revoca sin razón ese criterio. Cfr. *RAr.*, 1998, núm. 9306, ponente: Juan José GONZÁLEZ RIVAS.

(149) Véase, para esta sentencia del TS de 29 de junio de 2004, *RAr.*, núm. 5220, ponente: Pedro José YAGÜE GIL.

(150) Cfr. esta sentencia del TS en *RAr.* de 2003, núm. 3756, ponente: Agustín PUENTE PRIETO.

(151) DELGADO PIQUERAS y GALLEGRO CÓRCOLES, que han recogido las dos sentencias primeramente citadas en el texto, las critican moderadamente y afirman, con mucha razón, que con las mismas se hace *difícil de entender* cómo se van a poder conservar los derechos adquiridos antes de 1986 y que el sistema transitorio de la nueva legislación ha afirmado mantener. Este juicio me parece demasiado benévolo tanto con las sentencias enjuiciadas como, en el fondo, con la legalidad subyacente que las hace posibles y que ha propiciado incluso posturas doctrinales que tienden objetivamente a justificarlas, según se ha explicado. Añaden estos autores también que los derechos que en ningún caso podría desconocer la Administración serían los inscritos en el Catálogo de Aguas Privadas. Ambas sentencias son decisiones judiciales poco sensatas; que representan una quiebra grave de la seguridad jurídica; que son esencialmente injustas y, en definitiva, imposibles de aceptar en un sistema legal de protección de los derechos subjetivos y de sometimiento de la Administración a la ley como principio cardinal del sistema. Cfr. de estos autores *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, Albacete, 2007, págs. 81 a 88 y pág. 86 para la afirmación aquí recogida.

(152) Por ejemplo, la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 8 de marzo de 2000 (*RAr.*, núm. 965) se pronuncia, aunque sin vincular sus razonamientos al tema de los

cabe sino argumentar que se debe poder recurrir al llamado «peregrinaje de jurisdicciones», sin perjuicio de la posibilidad de plantear en sus casos también conflicto de jurisdicción entre la Administración y los tribunales, y admitir que la propiedad privada sobre esos manantiales de aguas privadas (y lo mismo sería si se tratase de manantiales que de pozos o de cualesquiera otras aguas privadas) se pudieran amparar y restituir, entonces, y sin vinculación de cosa juzgada (art. 222 de la LEC) (153), por una nueva sentencia de la jurisdicción ordinaria (154). En particular, con una acción reivindicatoria de las aguas pri-

---

efectos del Registro de Aguas, con toda naturalidad, en un conflicto sobre pozos que reconoce «no legalizados», en una cuestión entre un comunero concreto y una comunidad de regantes, afirmando el TS, además de que los acuerdos de la comunidad vinculaban a aquél, que podía la comunidad reclamarle los gastos ocasionados por la construcción e instalaciones de los pozos no legalizados, aunque parece que este comunero no tenía interés en el agua del pozo. Y más clara todavía es la sentencia contencioso-administrativa del TS de 10 de abril de 2000 (*RAr.*, núm. 2950), en la que se mantienen, invocando reiteradamente la presunción de legalidad de los actos administrativos, concesiones administrativas sobre aguas subterráneas impugnadas por titulares de posibles derechos preexistentes que sí estaban inscritos en el Registro de Aguas y que invocaron expresamente, entre otros, los artículos 68 y 72-3.º de la Ley de Aguas de 1985.

(153) Ello pese a la nueva delimitación trazada por la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, muy favorable al ámbito de esta jurisdicción frente a la jurisdicción ordinaria (cfr. su art. 3, letra a, en particular), pero que, precisamente ante ejemplos como los aquí considerados, se percibe especialmente bien la sensatez del criterio legal tradicional de asignar siempre en principio, y hoy al menos habría que afirmar que como cierre del sistema, las cuestiones de propiedad a la jurisdicción ordinaria. Sobre la cuestión de la delimitación de jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa en materia de aguas, y evidentemente que antes de la Ley vigente de 1998, véase mi explicación en el libro de 1996, págs. 691 a 693 y 699-700. En cuanto a la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es también importante recordar que restringió mucho el acceso al recurso de casación, mediante el filtro previo de la «preparación» del recurso (art. 89) y, sobre todo, estableciendo unos requisitos de admisibilidad sumamente estrictos (art. 93-2.º). Dato normativo que también avala la tesis de un protagonismo importante todavía de la jurisdicción civil en materia de aguas. En una sociedad liberal, la «vis atractiva» de la jurisdicción civil se hace tanto más necesaria cuanto más deficientes son (y lo suelen ser hoy con demasiada frecuencia) las leyes administrativas que inciden en la propiedad privada.

(154) Así lo reconoce con claridad, entre otras, la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 19 de junio de 2001 (*RAr.*, de 2002, núm. 437). En el caso, el TS no reconoce la propiedad privada de las aguas de un manantial que reclamaba el recurrente, porque el mismo no estaba situado en la finca de dicho recurrente y porque no lo tenía inscrito en el Registro de Aguas (erróneo argumento éste, como se ha explicado), y aunque el recurrente contaba con una autorización de la Administración minera que se le había otorgado en 1983 sobre las aguas de dicho manantial. Pues bien, aunque el TS no reconoce la propiedad privada sobre las aguas que se le solicitaba, añade que ello debía de entenderse «sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponderle para el caso de que fuera otro el derecho que a su favor pudiera dimanar del régimen transitorio de la Ley de Aguas». En el supuesto existía un arroyo y era difícil delimitar si se trataba de aguas privadas o públicas y dónde estaba la exacta línea divisoria entre unas y otras. Esta sentencia de 19 de junio de 2001 es interesante también porque, con cita de otras varias, rechaza con criterio muy flexible y sensato la inadmisibilidad del recurso de casación que

vadas ilegalmente sustraídas por la Administración en el primer supuesto, y con una similar acción, junto a la de anulación de la concesión administrativa otorgada ilegalmente sobre aguas privadas, en el segundo supuesto. Pero esto,

---

se le solicitaba y entra, un tanto forzosamente, pues no había acto administrativo que hubiera puesto fin a la vía administrativa, sobre el fondo del asunto. También podría invocarse en el mismo sentido la sentencia civil del TS, de 13 de marzo de 2006 (*RAr.*, núm. 1884), en la que el TS decide sobre el fondo de la cuestión planteada relativa a unas aguas sobrantes de una acequia, declarando no haber lugar a la casación, y razonando sobre el caso, a pesar de reconocer que ya existía cosa juzgada sobre el asunto creada por la anterior sentencia del TS, de 16 de septiembre de 2003, y de afirmar que se debieron acumular ambos procesos, y declarando que la demanda civil contra el Ayuntamiento en el segundo pleito que decidía el TS definitivamente «*sólo hubiera alcanzado sentido si los demandantes hubieran tenido el derecho al agua que se les negó*» (cfr. FD 3.º).

Creo que no aporta argumentos de consideración frente a esta explicación, en cambio, la sentencia civil del TS, de 13 de junio de 1991 (*RAr.*, núm. 4449) en un caso de conflicto entre pozos de particulares que no se llega a aclarar del todo si son anteriores o posteriores en su alumbramiento a 1986 (o sea, si son aguas privadas o públicas). Se maneja en el caso un concepto un tanto atípico de *protección administrativa*, aunque dándole ese nombre, porque, sin invocar el artículo 72-3.º de la Ley de Aguas de 1985, gracias a la denuncia del titular de uno de los pozos se consiguió una resolución administrativa del Organismo de Cuenca en la que se sancionaba al otro titular y se le impedía además utilizar el pozo hasta que fuera autorizado por la Administración hidráulica. En el proceso civil paralelo entre los titulares de los dos pozos, la Audiencia de Granada estimó la apelación contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Málaga que había estimado la demanda ordenando la clausura del pozo que mermaba las aguas del pozo del demandante, y se declaró incompetente sobre el asunto, declarando que las partes podían acudir a la Autoridad administrativa correspondiente. No se había planteado formalmente conflicto de jurisdicción entre la Administración y los tribunales. El TS dio la razón a la Audiencia de Granada, y no dio lugar a la casación, explicando que lo que el demandante había solicitado era la ejecución en vía civil de un acto administrativo en sí mismo inmediatamente ejecutivo, y que lo procedente hubiera sido que ejecutase el acto administrativo la propia Administración y que luego se hubiera interpuesto el ulterior recurso contencioso administrativo contra esas eventuales actuaciones. Sin embargo, con ello, sin negar cierta coherencia formal a su argumentación, el TS lo que les está diciendo a las partes, habiendo llegado la cuestión hasta el más alto Tribunal al cabo de muchos años de pleito, es que la existencia del acto administrativo impide al TS dar una solución definitiva sobre la cuestión y que acudan, una vez se consiga la ejecución del acto administrativo, al llamado peregrinaje de jurisdicciones. Tal discutible solución es poco razonable socialmente, y poco coherente con el artículo 24 de la Constitución, porque la Sala de lo Civil del TS creo que es o debiera ser el tribunal español más capacitado técnicamente para dilucidar si la explotación de un pozo quita o merma las aguas de otro pozo próximo y preexistente no sólo si ambos pozos o uno de ellos fueran de aguas privadas, sino incluso si fueran ambos de aguas públicas. Se trataría en todo caso de un típico conflicto sólo entre particulares, de naturaleza o índole esencialmente civil. Recuérdese que, como expliqué en mi libro de 1996, la jurisprudencia habitual del TS solía reconocer que correspondían a la jurisdicción ordinaria los supuestos que se iniciaban con el denominado *interdicto administrativo* ante el Alcalde del artículo 23 de la Ley de Aguas de 1879, que fue una técnica de defensa o un recurso muy utilizado durante más de un siglo. Recuérdense también los artículos 254-1.º y 81 de la gran Ley de Aguas de 1879 con reconocimiento rotundo de la competencia de la jurisdicción ordinaria sobre cuestiones de propiedad sobre aguas públicas y sobre aguas privadas.

como ya he advertido al explicar el sentido general del sistema transitorio de nuestra legislación de aguas, podría representar para el propietario tener que pleitear acaso durante dos décadas, sucesivamente ante las dos jurisdicciones, para hacer respetar efectivamente, y sólo si para entonces quedaba aún agua, la clarísima y desde el principio evidente propiedad privada de las aguas privadas de su manantial o de su pozo. Y recuérdese también lo explicado anteriormente sobre un uso cuasimafioso por algunas Administraciones del apartado 3.º de la Disposición Transitoria 3.ª del TR de Aguas. Todo lo que precisamente demuestra lo muy defectuoso del sistema legal creado en 1985 sobre las aguas privadas de nuestro país. El precepto que se comenta a continuación convierte ya definitivamente, como vamos a ver, lo sólo defectuoso en verdaderamente desastroso desde el punto de vista de la técnica jurídica.

E) COMENTARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.ª DE LA LEY DEL PHN DE 2001

El complejo y lamentable panorama actual de las aguas privadas ha sido abordado por la Disposición Transitoria 2.ª de la nueva Ley del Plan Hidrológico Nacional de julio de 2001 (Ley 10/2001, de 5 de julio). Esta norma otorgó, desde su entrada en vigor, a todos los dueños de aguas privadas todavía no inscritos ni en el Registro de Aguas ni en el Catálogo de Aguas Privadas, un plazo improrrogable de tres meses para solicitar la inclusión de su derecho en el Catálogo de Aguas Privadas de la cuenca, y añade que: *«transcurrido este plazo sin haberse cumplimentado esta obligación, no se reconocerá ningún aprovechamiento de aguas calificadas como privadas si no es en virtud de resolución judicial firme»*.

Lo primero que debe decirse de este precepto legal es que, desgraciadamente, no está derogado por el TR de Aguas 1/2001, de 20 de julio, promulgado por el mismo Gobierno del PP que promulgó la Ley del PHN de 2001 casi a la vez que ésta, y que incluso entró en vigor un par de días antes que esta Ley de 2001. Ello, aparte de que tampoco el TR de Aguas hubiera podido derogar, aunque hubiera sido posterior, una norma legal importante como la Disposición Transitoria 2.ª aquí comentada. Y tampoco está derogada esta norma legal ni por el Decreto-ley 2/2004, de 18 de junio, con el que el PSOE, ganador de las elecciones de marzo de 2004, derogó el trasvase del Ebro y parte de la Ley 10/2001 del PHN, ni por la Ley 11/2005, de 22 de junio, del PSOE, y derogatoria de parte de esa misma Ley del PHN de 2001.

La norma podría entenderse como afirmando que, si no se solicitaba la inclusión en el Catálogo en el plazo de tres meses del derecho de propiedad sobre el agua, no *se reconocerá* ese derecho de propiedad (o sea, parece, en principio, que se extinguiría) si no es *en virtud de resolución judicial firme*,

ya sólo anterior a la entrada en vigor de la Ley de PHN, según una primera interpretación posible, ya en virtud de sentencia firme tanto anterior como posterior a dicha entrada en vigor, según una segunda interpretación también literalmente posible (155), aunque jurídicamente muy anómala.

Si se piensa lo primero (existencia de una sentencia declarativa del derecho y anterior a la entrada en vigor de la LPHN, que sucedió el 27 de julio de 2001), la norma habría establecido directamente la extinción del derecho de propiedad «desconocido» sobre aguas cuya inscripción en el Catálogo no se hubiera solicitado en el plazo de los tres meses en todos aquellos casos (el 99 por 100 de los casos reales de propiedad privada del agua que todavía no se han inscrito ni en el Registro de Aguas ni en el Catálogo, casos que, a su vez, son muchísimos) en los que el propietario careciera con antelación de una sentencia judicial firme que le declarase y reconociera su derecho de propiedad. Se trataría de una confiscación del derecho de propiedad pura y simple, contraria al artículo 33-3.º de la Constitución, y que habría afectado quizá, si sus titulares no llegaron a solicitar su inscripción en el plazo de los tres meses, a la mayoría de los derechos de propiedad privada sobre aguas del país. Sólo se salvarían de esta extinción o confiscación generalizadas quienes hubieran tenido ya al entrar en vigor la Ley del PHN de 2001 una sentencia firme declarando su derecho de propiedad. Ni siquiera se salvarían, al parecer (el plazo de los tres meses parece concebirse como de caducidad), faltando la mencionada solicitud de inscripción en los tres meses, los que hubieran tenido una tal sentencia a su favor, pero no firme, y estuvieran o estén pleiteando todavía en defensa de su derecho de propiedad, personas que creo que eran y son todavía muchos en estos momentos (las Disposiciones Transitorias de la Ley de Aguas de 1985 son un laberinto, que ha hecho posibles en la doctrina hasta seis o siete interpretaciones diferentes).

No podría ser excusa ni justificación de dicha norma aquí criticada el hecho de que los dueños de aguas privadas hubieran tenido, desde la entrada en vigor de la Ley de 1985, quince años para inscribir sus derechos en el Catálogo o en el Registro de Aguas (para éste sólo tres años) y no lo hubieran

---

(155) Silvia DEL SAZ CORDERO sólo ha considerado esta segunda posible interpretación del precepto y tiende a no considerar inconstitucional la norma, con una poco clara e indecisa argumentación, en la que presupone una interpretación creo que errónea del artículo 68 de la Ley de Aguas de 1985, interpretación que yo había criticado minuciosamente en mi libro de 1996. Además, la autora mezcla confusamente argumentos que se habían dado sobre el papel del Registro de Aguas antes de la LPHN de 2001 con argumentos relativos al papel o eficacia del Catálogo tras entrar en vigor la LPHN y su Disposición Transitoria 2.ª Véase de la autora, «¿Cuál es el contenido de los derechos privados sobre las aguas subterráneas?», en el libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín, Ediciones Mundi Prensa, 2002, págs. 75 a 80. Para mi crítica a su interpretación del artículo 68 de la Ley de 1985 (art. 76 del TR de 2001), véase mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, págs. 663 a 672.

hecho. Esa desidia, muy tradicional en nuestro país, pudo sancionarse con multas coercitivas, según el apartado 3.º de la Disposición Transitoria 4.ª de la Ley de Aguas de 1985, instrumento de presión éste de las multas coercitivas muy apropiado al fin al que servía, y que, si no fue utilizado por la Administración (que, ciertamente, solía desconocer la existencia de los pozos, pero que en teoría podía haberla investigado), no fue cosa luego de culpabilizar a los particulares que no se hubieran inscrito, además hasta el extremo de privarles de su derecho de propiedad.

Por otra parte, tampoco ha podido jugar aquí en absoluto la prescripción extintiva de la propiedad privada, que una minoría de la doctrina reconoce como posible teóricamente. Primero, porque incluso esta minoría de autores exigen plazos superiores, tratándose de inmuebles, al de quince años, propio sólo de la prescripción de acciones personales (art. 1.964 del Código Civil). Segundo, porque es un principio tradicional de nuestro Derecho el de que la propiedad no se pierde por no uso o por prescripción, y así sigue pensando hoy la mayoría de la doctrina española. Tercero, porque estos derechos de propiedad que se pretenden extinguir habrán sido casi siempre ejercitados y aprovechados por sus titulares durante todos estos años, lo que excluye radicalmente la idea misma de prescripción en cualquier caso. Además, el Catálogo de Aguas Privadas de la Cuenca es un mero registro administrativo y estadístico sin ningún efecto jurídico sustantivo, fuera del de ser elemento de prueba.

Pensemos ahora en la segunda posible interpretación ya anunciada de la norma aquí criticada. Según esa interpretación, los propietarios de aguas que no hubieran inscrito su «desconocido» derecho en tres meses en el Catálogo, sólo podrían hacerlo, además de cuando tuvieran ya de antes una sentencia judicial firme reconociéndoles su derecho, cuando lograsen obtenerla luego, incluso tras la entrada en vigor de la Ley del PHN de 2001 y tras haber desaprovechado la ocasión de inscribir su derecho en el plazo legal de los tres meses. Pero lograr una sentencia judicial firme, o ya no susceptible de recurso, puede obligar a pleitear (con la Administración, al parecer, en principio) hasta el Tribunal Supremo y puede costar entre ocho o doce años. Para inscribirse en el Catálogo o para ejercitar un derecho de propiedad que la ley no negaría en teoría, según esto, habría que pleitear antes varios años. Esto sería completamente absurdo, respondería a un criterio ultraburocrático nunca antes recogido en nuestro Derecho y acaso en ningún país del mundo, y creo que representaría una limitación legal a la propiedad privada tan draconiana, que haría la ley inconstitucional, ahora por no respetar el contenido mínimo esencial del derecho objeto de la regulación legal (véase el art. 53-1.º de la Constitución). Según la citadísima sentencia 11/1981 del Tribunal Constitucional, de 8 de abril, de la que fue ponente el profesor Díez PICAZO, se atenta legalmente contra el *contenido esencial* de un derecho cuando se le priva de una garantía de efectividad y se le ponen límites que lo hacen impracticable

(cfr. FJ núm. 8.º). Probablemente se vulneraría también el principio de la tutela judicial efectiva del artículo 24-1.º de la Constitución, que considera con toda razón la función judicial una posibilidad o un *derecho* de los ciudadanos y no parece que pueda llegar a ser nunca una obligación previa al ejercicio de un derecho que uno tiene.

Con esta segunda interpretación, la norma aquí criticada no negaría radicalmente la existencia del derecho de propiedad sobre el agua; no impondría su explícita confiscación o extinción, como sucede con la primera de las interpretaciones consideradas, pero haría dicho derecho de propiedad sobre el agua casi imposible de ejercitar en la práctica. Con esta interpretación, ligeramente menos severa que la explicada en primer lugar, igualmente la sanción prevista en la norma criticada sería una sanción (civil) desproporcionada y brutal, en la práctica equivalente a una confiscación del derecho de propiedad. Estaríamos ante una cuasiconfiscación (156).

Finalmente, hay que decir que los argumentos aquí esgrimidos cobran mayor fuerza todavía si se repara en que muchos de los propietarios de aguas amenazados por la norma aquí criticada, nunca llegaron a enterarse, verosímilmente, de que se les dio una última oportunidad de inscribir sus derechos de propiedad en el Catálogo en ese improrrogable plazo de los tres meses, última oportunidad que sin embargo sí que lo sería en rigor para ellos también en todos estos supuestos, a la vista del carácter de regla general para las aguas privadas que, según se indicó al principio del trabajo, tiene el apartado 1.º de la Disposición Transitoria 4.ª de la Ley de Aguas (hoy TR de 2001).

Así sucederá, verosímilmente, con los propietarios de lagos y lagunas, supuesto que en la doctrina muchos autores (erróneamente, en mi opinión, según justifiqué en mi libro de 1996) no han relacionado con la opción de la Disposición Transitoria 4.ª de la Ley de Aguas, al existir la aparente norma especial de la Disposición Adicional 1.ª de la propia Ley. O lo mismo con los propietarios de aguas privadas pluviales. O así sucederá, verosímilmente, con los dueños de aguas de los ríos canalizadas por acequias en los casos en que un título histórico anterior a 1879 reconozca la propiedad privada de esas aguas, lo que ha sucedido en buen número de ocasiones según la propia juris-

---

(156) Por las razones que explico en el texto, no me convence la opinión de DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO, y GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, de que la Disposición Transitoria 2.ª de la LPHN de 2001 no sea inconstitucional porque se limita sólo a *dificultar* el ejercicio del derecho, sin extinguirlo directamente. Cfr. *Aguas subterráneas, teledetección y riego*, Albacete, 2007, pág. 67, nota 50. Muestran estos autores unas tragaderas excesivas, en mi opinión, con lo que debemos admitir que pueda hacer el legislador, que en este caso ha puesto al ejercicio del derecho de propiedad, que es el derecho subjetivo por antonomasia, un límite u obstáculo que lo convierte en algo monstruoso e irrazonable. Lo que ocurre acaso, en el fondo, es que muchos administrativistas ven las aguas privadas como algo anticuado y están dispuestos a admitir cualquier condicionamiento, por absurdo que sea.

prudencia del Tribunal Supremo (157). O así sucederá, en los casos de aguas privadas de los municipios u otros entes públicos, muchas veces con títulos históricos, o con base en los artículos 5 y 17 de la Ley de Aguas de 1879, que suelen ignorar el carácter privado patrimonial de sus aguas y las consideran erróneamente de dominio público estatal (158). O será también especialmente injusta la norma que consideramos con aquellos dueños de aguas privadas que, con estupenda buena fe, estuvieran al promulgarse la Ley de PHN de 2001 en fase de tramitación de sus expedientes de inscripción en el Registro de Aguas y que vieran finalmente rechazada su solicitud por la Administración en un momento ulterior al de la terminación del plazo de los tres meses. Estos dueños de aguas privadas no habrían llegado a tener la segunda oportunidad de inscripción en el Catálogo, que creo les reconocía antes genéricamente la Ley de Aguas de 1985.

Las posibilidades de adaptación interpretativa de esta Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> a la Constitución y al sistema de nuestra Ley de Aguas son sumamente difíciles y, finalmente, acaso además poco satisfactorias. Habría que intentar defender, en tal sentido, la existencia todavía, transcurrido el plazo de tres meses sin inscripción en el Catálogo, de un derecho de propiedad privada sobre el agua, pero no inscribible en el Catálogo (sí en el Registro de la Propiedad, acaso, en cambio) y libremente «desconocible» o «perjudicable» por la Administración, lo que no dejaría de ser una forma de existencia del derecho sumamente anómala. Un derecho existente y ejercitable frente a terceros y defendible por los tribunales, cuando menos civiles y acaso también contencioso administrativos, pero derecho libremente «desconocible» o «perjudicable» por la Administración hidráulica (159). La expresión legal *no se reconocerá*, se entendería, según esto, limitada a la Administración, y ello podría parecer coherente con el limitado alcance del títulillo o rótulo de la Disposición Transitoria (*cierre del periodo de inscripción* y no, por ejemplo, *caducidad o extinción de derechos no inscritos*), y con la afirmación de la sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional (cfr. FJ núm. 8) de que los derechos de propiedad sobre las aguas no inscritos en el Registro de Aguas podrían perfectamente valerse de *otros instrumentos registrales*, con alusión evidente al Registro de la Propiedad, y con alusión que tiene *plenos efectos*

---

(157) Véase esta jurisprudencia citada en el trabajo sobre esta cuestión de los títulos históricos que he publicado en el número 26 de la Revista Gallega de Administración Pública, año 2000, pág. 21. También, antes, en mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, Editorial Bosch, 1996, págs. 159 y sigs.

(158) Por ejemplo, la propiedad privada del lago de Bañolas, en Girona, pertenece al municipio y se ha discutido o está discutiéndose en estos momentos, según tengo entendido, en los tribunales.

(159) Dentro de la señalada imprecisión de la explicación de Silvia DEL SAZ CORDERO, en su trabajo anteriormente citado, parece que la autora considera defendible una interpretación como ésta.

frente a todos, incluidos los poderes del Estado, y el legislativo, en particular (cfr. art. 164 de la Constitución). Y afirma también esa misma sentencia del Tribunal Constitucional y en ese mismo lugar, que la Administración no tiene porqué dar una protección específica a la propiedad privada del agua, cuando ésta no es dominio público ni ha sido previamente constatada o inscrita ante ella. Se trataría de una interpretación ortopédica, pero para una norma ciertamente monstruosa.

Incluso creo que, ante norma tan defectuosa como la que contemplamos, podría considerarse posible otra interpretación todavía más forzada o restrictiva (correctora, en realidad; contraria evidentemente a la *voluntas legislatoris*), según la cual el *cierre del periodo de inscripción*, y el que la Administración no pueda tras el plazo de tres meses sin inscripción *reconocer* el aprovechamiento sobre aguas privadas, simplemente significaran la imposible inscripción o inmatriculación futuras en el Catálogo de esos derechos (falta de *reconocimiento* a esos únicos y específicos efectos) y la pérdida definitiva de sus débiles efectos probatorios, pero quedando o subsistiendo íntegramente el régimen jurídico de las aguas privadas no inscritas en ningún registro administrativo en los mismos términos en que existía dicho robusto régimen antes de la entrada en vigor de la nueva Ley del Plan Hidrológico Nacional. O sea, una propiedad privada sobre el agua, situada necesaria y definitivamente ya fuera del Catálogo, pero que gozaría plenamente de los enérgicos efectos protectores del Registro de la Propiedad, en su caso, y que merecería el pleno respeto que a dicho básico derecho deben prestar no sólo los tribunales de todo tipo sino también la Administración misma, que no debe olvidarse que tiene obligación constitucional de actuar con *objetividad* y de someterse *a la ley y al Derecho* (arts. 103 y 33 de la Constitución). Es cierto que esta interpretación chocaría en cierto modo con la mencionada doctrina del Fundamento Jurídico 8.º de la sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional, pero, ante norma tan irrazonable como la que consideramos, creo que al Tribunal Supremo le sobra autoridad moral para imponer una interpretación como la que acabo de mencionar. Y recuérdese que el artículo 5-3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 sugiere cierta posibilidad de forzar la interpretación de las normas para *acomodarlas* al ordenamiento constitucional. Y también el artículo 24-1.º de la Constitución creo que podría invocarse en favor de esta posible interpretación sugerida.

En fin, si se rechazan estas forzadas interpretaciones consideradas y se piensa que los pozos de aguas privadas no inscritos en tres meses en el Catálogo pasan a ser pozos de aguas públicas o presuntivamente públicas e ilegales (160), como ello sólo podrá ser conocido en la práctica por nuestra

---

(160) Dentro de la imprecisión de su explicación, ésta parece ser la explicación preferida por Silvia DEL SAZ CORDERO en su citado trabajo de 2002.

débil Administración (que podría entonces en teoría cerrarlos o sellarlos) en unos casos sí y en otros no, lo que en la práctica parece que va a representar esta desdichada norma de la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> del Plan Hidrológico Nacional es un aumento de la ya hasta ahora enorme inseguridad jurídica en esta materia de las aguas privadas. Recuérdese lo que en mi libro de 1996 expliqué sobre el relativo absurdo o muy considerable dificultad, dadas las enormes carencias de nuestra Administración hidráulica, de afirmar legalmente el pleno carácter de dominio público de masas o corrientes de agua enclavadas dentro de fincas de propiedad privada, y las propuestas de reforma que de *lege ferenda* realicé al final de ese mismo libro. El absurdo de la solución legal se ve también en que si la Administración otorgaba alguna concesión administrativa sobre estas aguas presuntivamente públicas o cuasi públicas, si luego el «dueño» teórico o platónico de las aguas conseguía la sentencia judicial de su derecho de propiedad, habría que resolver, acaso varios años después, la concesión administrativa que se habría demostrado sobrevenidamente otorgada sobre aguas en realidad privadas. En tal caso, la Administración parece que debería acaso indemnizar, por ello, al concesionario que perdiera la reivindicación frente al dueño. Todo bastante anómalo y surrealista.

Aparte de estas críticas formuladas anteriormente a la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001, críticas que podríamos denominar centrales o sustanciales, pueden formularse otras críticas de menos entidad, pero que ayudan también a entender la precipitación y grave desconocimiento con que ha actuado nuestro legislador al introducir el mencionado precepto legal. Veámoslas brevemente.

En primer lugar, el precepto aquí comentado, al remitirse directa y literalmente a la obligación de inscribir en el Catálogo que establece la Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup>, en su apartado 2.<sup>o</sup> más concretamente, arrastra literalmente hacia sí el error de redacción de dicho precepto, que, en realidad, y aunque no se suele advertir, ordena inscribirse en el Catálogo, si se lee correctamente, tanto a los que se han inscrito ya en el Registro de Aguas como a los que no lo han hecho. De modo que, literalmente, lo que se estaría ordenando es incluso la confiscación o cuasiconfiscación de derechos de propiedad sobre el agua que ya se habían inscrito en el Registro de Aguas. No obstante, el sentido literal del apartado 2.<sup>o</sup> de la Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup> de la Ley de 1985 es tan absurdo, que sencillamente la doctrina prescinde del mismo y lee habitualmente mal el precepto, aunque de modo inconsciente (161). Es lo que he hecho yo también, pero deliberadamente, en el párrafo primero de este epígrafe. Todo lo cual no impide la justa crítica al legislador de haberse apoyado sin reservas en un precepto defectuoso y haber

---

(161) Cfr., en dicho sentido, mi libro de 1996, pág. 71.

hecho, así, una afirmación literal también absurda en este nuevo sentido, además de en los otros ya indicados.

Otra dificultad que puede plantear la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001 es el de su directa y literal aplicabilidad a una serie de sentencias del Tribunal Supremo antiguas (de las primeras décadas de aplicación de la Ley de Aguas de 1879) que declararon sin razón como aguas de propiedad privada las derivadas de los ríos por acequias y canalizaciones diversas y aguas que eran objeto de concesiones administrativas. Salvo si el título de atribución de esas aguas era un título histórico, anterior a 1866, y establecía claramente la propiedad privada de esas aguas, en cuyo caso hay que respetar ese título histórico, esas aguas derivadas de los ríos eran necesariamente públicas, con la buena doctrina que acabó prevaleciendo, y creo que fue defendible que, pese a la existencia de cosa juzgada, pasaran a ser públicas desde la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, a la vista del texto de su Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> (162). Sin embargo, ahora, con norma legal expresa que da tanto valor (en la mente del legislador) a las sentencias judiciales firmes para el *reconocimiento* del carácter privado de las aguas, va a resultar difícil, si llega a solicitarse, negar la inscribibilidad en el Catálogo de esas aguas de los ríos erróneamente calificadas como privadas en antiguas sentencias por el Tribunal Supremo. La Ley de 2001 habría venido así a cristalizar y a «legalizar» y a convertir en definitivas e inatacables decisiones judiciales erróneas y coyunturales y ya generalmente criticadas por la doctrina.

Una tercera razón menor o colateral para criticar la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001 es la posible influencia negativa que puede tener en las interpretaciones doctrinales sobre el conjunto de las Disposiciones Transitorias reguladoras de las aguas privadas (las Disposiciones 2.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup>). Se trata, como se ve, de una norma muy oscura, que ahora tendrá que formar sistema con otras normas también muy oscuras y defectuosas, con lo que viene a oscurecer y complicar un sistema legal, que ya ofrecía suficientes dificultades al intérprete. En particular, por ejemplo, el nuevo precepto podría dar nuevo aliento y argumentos a una línea doctrinal existente y muy irrazonable, en mi opinión, y ya con algún eco jurisprudencial, según la cual, la Administración podría desentenderse de los derechos sobre aguas privadas y perjudicarlos libremente, siempre que no figuraran inscritos en el Registro de Aguas. La crítica a esta irrazonable idea se sigue pudiendo hacer todavía, pero encuentra nuevas dificultades antes inexistentes.

La Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001 creo, por todo lo expuesto, que es una reacción crispada e imprudente de políticos que no entendían la compleja problemática jurídica de las aguas

---

(162) Cfr. mi libro de 1996, pág. 20, aunque para un problema muy próximo a éste.

privadas y que no quisieron hacer el esfuerzo de enterarse de la misma (163), y que es inconstitucional en cualquiera de sus dos interpretaciones más asequibles gramaticalmente (o confiscación o cuasiconfiscación), y podría o debería ser impugnada como tal ante el Tribunal Constitucional, bien por los políticos por las vías que marca el artículo 162 de la Constitución (lo que es harto improbable, porque vendría a ser como un reconocimiento por ellos de sus propios errores), o bien por los jueces por la vía del artículo 163 de la propia Constitución. Y creo que no empece a esta afirmación el hecho de que la regla general de nuestro Derecho sea el carácter de dominio público de las aguas (arts. 1 y 2 de la ley vigente de 1985). Ni empece a esa afirmación la consideración de la evidente lógica y fundamento que tiene la aspiración del legislador a extender lo más posible la constancia registral de cualquier tipo de derechos sobre aguas, como medio de controlar en última instancia el cumplimiento de la legalidad (ya se ha señalado, la casi total impunidad de los dueños de pozos de propiedad privada, sobre todo si no constan en Registro alguno ni se sabe la profundidad del pozo, para profundizarlos libremente, incluso incrementando los caudales a que legalmente tuvieran derecho). Pero el procedimiento empleado para lograr ese razonable fin ha sido brutal y desproporcionado y probablemente, como digo, inconstitucional. Curiosamente, además, esta reforma legal, que por su contenido y eficacia casi podría calificarse como de inspiración marxista, la ha impuesto, poco conscientemente de ello, un Gobierno conservador como el del PP (164). La ignorancia es muy atrevida y puede llegar a ser fuente de contradicciones.

---

(163) Es probable que el legislador, imprudentemente, haya atendido solicitudes de funcionarios agobiados por el caos jurídico que tienen planteado las Confederaciones Hidrográficas con las aguas privadas, funcionarios que quizá ni siquiera sean licenciados en Derecho. Es significativo, a este respecto, lo que escribí en el año 2000 (aunque la publicación apareciera en el año 2002), don José DÍAZ MORA, que era en ese momento Comisario de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Guadiana y que algunos meses después sería ascendido a Presidente de dicha Confederación Hidrográfica, lo que parece demostrar el crédito que le otorgaba el Partido Popular. Se quejaba el autor, que es ingeniero y no licenciado en Derecho, de que transcurridos quince años desde la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 todavía existieran decenas de miles de inscripciones de derechos sobre aguas privadas por realizar por la Administración y de que todavía en ese momento se siguieran presentando nuevas solicitudes de inscripción por millares, lo que entendía que producía alarma e inseguridad jurídica para los titulares ya inscritos, además de dificultar toda gestión razonable del recurso, por lo que concluía que se hacía necesario «*dotar a la Administración Hidráulica de un instrumento normativo que cercene de raíz esta posibilidad*» de seguir presentando todavía solicitudes de inscripción de derechos sobre aguas privadas en el Catálogo de aguas privadas. Véase su trabajo «La clarificación jurídica en los acuíferos sobreexplotados. El caso de La Mancha Occidental», en la obra colectiva *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín y Mundi-Prensa, 2002, págs. 248 y 255.

(164) En mi libro de 1996, pensando en una nacionalización de las aguas privadas más gradual y flexible y ponderada y controlada, había afirmado yo que, en principio, tal medida legal debería corresponder más bien a un Gobierno socialdemócrata, pero que no

No cabe tampoco, intentando justificar esta norma aquí criticada, proponer establecer ningún parangón con los supuestos en que el legislador ha establecido excepciones a la regla de que los asientos del Registro de la Propiedad están bajo la salvaguarda de los tribunales (art. 1, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria), como los establecidos en los procedimientos administrativos de deslinde de la zona marítimo terrestre (art. 13 de la Ley de Costas de 1988) o de deslinde de los cauces públicos de aguas continentales (art. 87-3.º de la Ley de Aguas de 1985, modificado en esto por la Ley 46/1999). En estos supuestos excepcionales, en todo caso muy anómalos respecto de la vieja y razonable lógica del Derecho civil, el titular de la propiedad privada inscrito en el Registro de la Propiedad resulta (provisionalmente) desplazado por una resolución administrativa, que se adopta por un cauce legal y como resultado de un expediente administrativo en el que dicho titular habrá tenido al menos oportunidades de defender su derecho. No queda allí desplazado por el mero transcurso de un breve plazo de caducidad y por su mera pasividad durante el mismo, coincidente con igual pasividad durante dicho plazo de la Administración, como parece establecer esta Disposición Transitoria 2.ª de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001 aquí comentada.

## V. LA DECLARACIÓN DE SOBREEXPLOTACIÓN DE ACUÍFEROS Y OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

La sobreexplotación de acuíferos estuvo regulada inicialmente en los artículos 26, letra f), 54-1.º, y apartado 4.º de las Disposiciones Transitorias 2.ª y 3.ª de la Ley de Aguas de 1985 y artículo 171 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986. Esta normativa, según el Fundamento de Derecho núm. 23, letra f), de la sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional, sería sólo supletoria de la que pudieran llegar a dictar las Comunidades Autónomas con competencias legislativas en materia de aguas (o sea, todas ellas, en cierta medida, tras la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre). Veo discutible la conveniencia de que en un tema como el de la sobreexplotación, en el que los aspectos de distribución cuantitativa del recurso son tan importantes, se reconozcan competencias legislativas a las comunidades autónomas. De momento, parece que la regulación estatal sigue rigiendo sustancialmente en toda España, salvo en Canarias, donde también sería supletoria. La Ley de Aguas canaria de 1990 contiene en efecto una regulación de la sobreexplotación de zonas o acuíferos bastante detallada, pero no muy diferente de la normativa estatal que recuerdo a continuación (cfr. en esa Ley

---

podía descartarse tampoco que llegara a hacerla, según cómo evolucionaran los acontecimientos, un Gobierno conservador. Cfr. págs. 775-776.

canaria los arts. 45 a 49, 84 y apartado 5.º de la Disposición Transitoria 3.ª). En Canarias, la sobreexplotación de acuíferos es fenómeno muy frecuente y acaso general de todo el Archipiélago.

La Ley 46/1999 ha retocado levemente la regulación estatal de la sobreexplotación de acuíferos en los términos a que aludo posteriormente. Con los retoques de esta última Ley de 1999, hoy los preceptos legales más importantes relativos a sobreexplotación están en el artículo 28, letra f), y 56-1.º y 4.º, y Disposición Adicional 7.ª y apartado 4.º de las Disposiciones Transitorias 2.ª y 3.ª del Texto Refundido de 2001. Además, el artículo 171 del Reglamento de 1986 ha sido reformado y ampliado considerablemente por el Decreto 606/2003. Estas considerables reformas introducidas en 1999 y en 2003 deben considerarse, en principio, irretroactivas.

El artículo 171-2.º del Reglamento de 1986-2003 define la sobreexplotación por referencia a un peligro inmediato o a largo plazo para la subsistencia de los aprovechamientos existentes en el acuífero, como consecuencia de venirse realizando extracciones anuales superiores o muy próximas al *volumen medio interanual de recarga* (o sea, a la renovación estimada del acuífero por lluvias), o que produzcan un deterioro grave de la calidad del agua, o que se ponga en peligro a largo plazo la sostenibilidad de los aprovechamientos incluso sin *un balance global desequilibrado*. Como se ve, esta definición, forzando bastante el significado castellano de los términos, incluye dentro de la *sobreexplotación* tanto la explotación excesiva como el deterioro de la calidad del agua de los acuíferos, aunque es cierto que ambos fenómenos suelen producirse simultáneamente en la práctica. En otro sentido, esta noción de sobreexplotación del acuífero hubiera permitido ya desde 1986 una amplísima intervención administrativa en teoría, dado lo extendido que está el fenómeno de la sobreexplotación en nuestro país, puesto que habría posibilitado la intervención incluso en acuíferos muy deteriorados cuantitativa o cualitativamente por razones históricas, aunque actualmente se estuvieran realizando extracciones inferiores a la capacidad natural de recarga del acuífero.

Sin embargo, la declaración de sobreexplotación de acuíferos se ha usado muy poco hasta ahora, por diversas razones, como la propia debilidad de la Administración hidráulica y acaso la inadecuación del órgano administrativo con competencias en esta materia (la Junta de Gobierno del Organismo de cuenca, órgano acaso demasiado «político» debido a su composición, con amplia representación de los usuarios, y por ende más preocupado seguramente por los intereses económicos actuales que por los llamados derechos de las generaciones futuras). Obsérvese que, según el artículo 56-1.º del TR, esta competencia administrativa *podrá* usarse, luego también *podrá* no usarse: no hay específica obligación para la Administración, que quizás hubiera sido razonable imponer legalmente, al menos en los casos más graves. En todo

caso, cuando la Administración decida iniciar de oficio el expediente de sobreexplotación podrá desde luego hacerlo incluso contra la voluntad mayoritaria o incluso contra la voluntad unánime de los usuarios. Y en otro sentido, obsérvese que la declaración de sobreexplotación puede recaer tanto sobre el conjunto del acuífero (cfr. la letra del art. 171-2.º del Reglamento y del art. 28, letra f, del TR) como sólo sobre parte del mismo (cfr. la referencia a *zona* del apartado 1.º del art. 56 del TR y el conjunto del espíritu de ese artículo).

El Libro Blanco del Agua en España de 2000 constató el sustancial fracaso de esta técnica de declaraciones de sobreexplotación de acuíferos (165) y varias sentencias del Tribunal Supremo de diciembre de 2003 han anulado (166), por graves defectos formales en su tramitación, la declaración definitiva de sobreexplotación, acordada el 15 de junio de 1994, del acuífero probablemente más sobreexplotado y famoso de España, el Acuífero 23 en la cuenca alta del Guadiana.

Según el artículo 171 del, parcialmente derogado, Reglamento de 1986, la Junta de Gobierno del Organismo de cuenca podía dictar una declaración provisional de sobreexplotación del acuífero, que suponía la paralización de los expedientes administrativos en curso sobre las aguas del acuífero, y la constitución forzosa de la comunidad de usuarios del acuífero, además de la aprobación por el mismo órgano de un Plan de Ordenación de las aguas del acuífero elaborado por el Organismo de cuenca, cuyo cumplimiento había de ser vigilado por una Junta de Explotación, todo lo cual daba paso a la declaración definitiva de sobreexplotación del acuífero, lo que a su vez significaba la revisión del correspondiente plan hidrológico de cuenca. El Plan de Ordenación tiene la ejecutividad propia de los actos administrativos y podrá imponer la colocación de aparatos de medida de todos los consumos del acuífero (medida ahora generalizada por la Ley 46/1999 en el art. 53-4.º, como vimos, y hoy recogida en el art. 55-4.º del TR).

En cuanto a la sobreexplotación de acuíferos, la Ley 46/1999 introdujo en la nueva versión del artículo 54-1.º de la Ley una nueva regulación parecida a la que ya establecía el artículo 171 del Reglamento de 1986, aunque ahora elevada a rango de ley (hoy art. 56-1.º TR), y añadió dos nuevos párrafos al artículo 79 de la Ley, recordando y reforzando la obligación de los usuarios de constituir una comunidad de usuarios, con competencia expresa del Orga-

---

(165) Según el mencionado Documento, en esa fecha de 2000 sólo habían alcanzado la declaración provisional de sobreexplotación quince «unidades hidrogeológicas» de las que sólo dos habían alcanzado la declaración definitiva. Cfr. pág. 165.

(166) Cfr. las sentencias contencioso-administrativas del TS de 1 de diciembre de 2003 (*RAr.*, 2004, núm. 304, ponente: Ricardo ENRÍQUEZ SANCHO); dos sentencias de fecha 3 de diciembre de 2003 (*RAr.*, 2004, núm. 311 y 506); la de 9 de diciembre de 2003 (*RAr.*, 2004, núm. 507); y la de 10 de diciembre de 2003 (*RAr.*, 2004, núm. 509). Las dos últimas también del mismo ponente citado.

nismo de Cuenca para constituir la de oficio si los usuarios no la constituyen en cierto plazo (hoy arts. 87 y 88 del TR). En el apartado 3.º del artículo 79 introducido por esa Ley de 1999 se previeron unos posibles convenios entre el Organismo de Cuenca y las comunidades de usuarios para el mejor control del régimen de explotación del acuífero (hoy art. 87-3.º TR).

La única novedad importante (y novedad relativa: cfr. art. 91 de la Ley y hoy art. 99 del TR) en esta regulación es la de que el Plan de ordenación del acuífero sobreexplotado se dice que podrá establecer la sustitución de las captaciones individuales preexistentes por captaciones comunitarias, transformándose los títulos y derechos individuales en uno colectivo (art. 56-1.º TR). Y esta transformación se prevé incluso como posible fuera de los casos de sobreexplotación de acuíferos (cfr. art. 79-3.º de la Ley y hoy art. 87-3.º TR). Es una idea interesante pero que, aparte el presumible alto costo económico y la probable dificultad social de la operación, ha de provocar innumerables dudas jurídicas (ni siquiera se dice si esa transformación es irreversible y cómo podría revertirse en su caso). Quizá el origen de esta idea se encuentre en AGUILERA KLINK, economista y profesor universitario buen conocedor de la explotación de las aguas en Canarias, que había sostenido en algunas ocasiones que la cantidad de agua obtenida en esas islas por el actual sistema de competencia feroz y anárquica entre multitud de pozos individuales podría haberse obtenido de forma mucho más barata y económica mediante la perforación de pocos y grandes pozos colectivos. La idea ha sido recogida alguna vez por PÉREZ PÉREZ (en 1991, por ejemplo), autor próximo todos estos años a la labor legislativa.

La Disposición Adicional 7.ª, apartado 2.º, del TR dispone que a las aguas privadas de los pozos les serán aplicables, sin derecho a indemnización, las restricciones derivadas de los Planes de Ordenación del acuífero sobreexplotado y las derivadas del artículo 58 del propio TR. El precepto se introdujo por la Disposición Adicional 2.ª, apartado 2.º, de la Ley 46/1999. Fue una razonable aunque acaso precipitada previsión, que se hubiera debido derivar ya de la regulación anteriormente vigente, pero que se ha querido recoger en una nueva norma expresa, dada la criticable doctrina en sentido contrario de las ya mencionadas sentencias de la Sala 3.ª, Sección 6.ª, del Tribunal Supremo de fechas 30 de enero y 14 de mayo de 1996. Antes que la Ley de 1999, como he explicado anteriormente, había rectificado ya esa doctrina la sentencia de las mismas Sección y Sala del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 1999, y luego otras muchas sentencias más. El problema que esta nueva norma de la Ley 46/1999 puede plantear ahora es el de que alguien pretenda sostener, mediante una poco deseable interpretación *a contrario* del precepto, que lo que el mismo establece no vale para todas las restantes aguas privadas distintas de las de pozos. No suele ser una técnica correcta la de que el legislador se apresure a rectificar las decisiones judiciales.

El Decreto 606/2003 ha reformado el artículo 171 del Reglamento de 1986 recogiendo todas estas reformas de la Ley 46/1999 e introduciendo algún otro retoque, como la supresión en el procedimiento de la previa declaración provisional de sobreexplotación y poniendo mayor énfasis en la posibilidad desde el principio de recurrir a las medidas cautelares para la protección del acuífero. Parece que el Decreto 606/2003 ha pretendido, acaso insuficientemente todavía, desburocratizar y hacer más eficaz y ágil esta técnica, tan poco utilizada en el pasado, de la declaración de sobreexplotación de los acuíferos.

La norma del artículo 171 del Reglamento deja bastante libertad sobre la configuración del mencionado Plan de Ordenación del acuífero sobreexplotado, pero en definitiva el mencionado Plan no podrá apuntar sino a una ordenada reducción de todos los consumos de agua y a impedir o reducir en su caso las actividades contaminantes de las aguas del acuífero (cfr. art. 56 TR) (167). La reducción de los consumos habrá de ser, en principio, proporcional a las cuantías de los derechos, al menos dentro de cada tipo de usos de los contemplados en el artículo 60-3.º del TR. Quizá hubiera sido bueno que la ley precisase más concretamente los criterios de esta ineludible reducción de los consumos, que se presenta como cuestión crucial de esta regulación y evidentemente problemática. Recuérdese la llamada a la *racionalidad* que formula el artículo 56-1.º del TR y que conecta con el mismo concepto recogido en el artículo 45-2.º de nuestra Constitución. Hay en esta regulación una acentuación del aspecto comunitario en la gestión del acuífero y una idea de autogestión por los usuarios de sus recursos amenazados aunque controlada por la Administración.

Esta regulación alcanza, como se ha explicado, tanto a los propietarios de aguas de pozos, como a los propietarios de aguas privadas de manantiales naturales y de lagos y lagunas [cfr. apartado 4.º de las Disposiciones Transitorias 2.ª y 3.ª y apartado 1.º de la Disposición Transitoria 4.ª TR, y hoy art. 171-6.º, letra c), del Reglamento]. Todos ellos son *usuarios* del acuífero (art. 171-3.º del Reglamento) y todos realizan *extracciones* del mismo (art. 56-1.º del TR). Todos ellos pueden, en particular, promover, en igualdad de condiciones que los concesionarios de aguas públicas, el expediente de declaración de la sobreexplotación del acuífero (art. 171-3.º del Reglamento). Este precepto exige por cierto, creo que con exceso y poco razonablemente, nada menos que la voluntad de usuarios que representen más de la mitad del

---

(167) Algunas sentencias del TS han afirmado, con toda razón, que cuando por la declaración sobrevenida de sobreexplotación del acuífero se haga necesaria la reducción del consumo del titular del pozo, ello no obsta a que a efectos de la inscripción de su derecho en el Registro de Aguas haya que tomar en consideración la cuantía originaria y no la sobrevenidamente reducida. Cfr., por ejemplo, la sentencia contencioso-administrativa del TS de 23 de marzo de 2004 (RAr., 2006, núm. 4117).

*volumen medio interanual extraído legalmente* del acuífero. Voluntad mayoritaria de intereses que hay que presumir difícil de conseguir, tanto por el posible ámbito físico muy amplio y acaso impreciso del acuífero, como por la tendencia previsible de los usuarios a seguir egoístamente usando el agua.

Ya me he referido críticamente también, en la introducción histórica de este trabajo, a los seguramente innecesarios artículos 27 y 29 de la nueva ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001, que mencionan unos nuevos planes sobre las sequías y sobre las aguas subterráneas, que probablemente van a interferir y a desdibujar, si es que llegan a hacerse, la posible aplicación de la regulación de los acuíferos sobreexplotados aquí resumida. La declaración de sobreexplotación de acuíferos tiene también unos límites algo difusos con los *perímetros de protección* del mismo artículo 56-2.º a 4.º del TR y artículo 172 del Reglamento de 1986-2003; y con la técnica de protección del acuífero frente a la *intrusión de aguas salinas* de los artículos 99 del TR y 244 del Reglamento de 1986-2003. Todas estas técnicas parecidas debieron haberse unificado y es un defecto de técnica legislativa su dispersión. Véanse también las normas sobre las zonas húmedas del artículo 111 del TR y artículos 275 a 283 del Reglamento de 1986-2003 y sobre las llamadas *zonas protegidas* del artículo 99 bis del TR, introducidas por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

Difícil problema planteará también la parcial superposición del régimen recordado de la sobreexplotación de acuíferos con la nueva regulación del artículo 54 del Reglamento para la Planificación Hidrológica en su versión del Decreto 907/2007, de 6 de julio, precepto que, como competencia directa de la Administración (del Presidente de los organismos de cuenca, parece: art. 30-1.º del TR), y sin regular un expediente o procedimiento específico y relativamente complejo como el del artículo 171 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, parece permitir la imposición de un plan de actuación o programa de actuación, que regule el régimen de extracciones y la explotación racional de los recursos (art. 54, apartados 2.º y 3.º) en todas las masas de agua subterránea sobre las que se haya alcanzado a afirmar formalmente por la Administración el riesgo de no alcanzar el buen estado ecológico. En ambos procedimientos se desemboca en una regulación parecida y se cumplen fines parcialmente similares, lo que muestra una sistemática defectuosa y posibles desajustes en el funcionamiento de ambos cauces de protección de la calidad de las aguas subterráneas. El nuevo artículo 54 del Reglamento para la Planificación Hidrológica (2007), y sus normas concordantes, podría haber convertido en innecesaria la vía más dificultosa de la declaración de sobreexplotación de los acuíferos, vía también más respetuosa con los derechos de los usuarios de las aguas públicas o privadas. Los reglamentos sobre la legislación de aguas están sumamente necesitados de sistematización, drástica reducción y mejora técnica.

## VI. LAS COMUNIDADES DE USUARIOS Y LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

Las comunidades de usuarios están reguladas en los artículos 81 a 91 y Disposición Final 3.<sup>a</sup> del Texto Refundido de aguas de 2001, que recogen los artículos 73 y siguientes y Disposición Final 4.<sup>a</sup> de la Ley de Aguas de 1985, reformada en algunos extremos por la Ley 46/1999. Estos preceptos sobre comunidades de usuarios son, en su mayor parte, legislación básica del Estado (cfr. FJ 24 de la sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre). Véanse también los artículos 198 a 231 del Reglamento de 1986-2003. La regulación del Texto Refundido se aplica de modo genérico retroactivamente a unas comunidades de regantes que tienen con frecuencia mucha antigüedad, incluso multiseccular y que tienen ordenanzas anteriores o muy anteriores (anteriores en siglos, a veces) a 1985. Esta antigüedad y el hecho de que el Texto Refundido respete, en principio, las viejas ordenanzas de estas comunidades (art. 85 y Disposición Final 3.<sup>a</sup>, por remisión al similar precepto del art. 231 de la Ley de 1879) y su *autonomía interna* (art. 81-1.<sup>o</sup>) atenúan muy considerablemente el alcance genérico retroactivo de la nueva normativa y hacen que la vida de estas comunidades esté todavía bastante impregnada del espíritu de la vieja y magnífica Ley de Aguas de 1879 (168). Toda la vigente regulación, elaborada por modestos administrativistas y desde ideas bastante simplistas, adolece de desconocimiento de la realidad jurídica y social que pretendía reordenar y de una gran carencia de cultura iusprivatista. Probablemente, por estas razones, ha tenido influencia muy escasa en la práctica.

La Ley de 1985 calificó a las comunidades de usuarios, siguiendo la opinión de la doctrina administrativista entonces y ahora mayoritaria (169), como corporaciones de Derecho Público (art. 82-1.<sup>o</sup> del TR). Sin embargo, frente a esta opinión mayoritaria, existe otra (170), con razones de peso, que

---

(168) No se va a tratar aquí el problema de una pretendida adaptación de esas antiguas ordenanzas a *los principios constitucionales de representatividad y estructura democrática*, que impuso la Disposición Final 4.<sup>a</sup> de la Ley de Aguas de 1985 (Disposición Final 3.<sup>a</sup> del TR) y la Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> del Reglamento de 1986, sin que ello tenga lógica digna de consideración; ni el problema de la adaptación de las antiguas ordenanzas de las comunidades de regantes, por voluntad de los comuneros, a la nueva legalidad introducida en 1985 (art. 77 de la Ley de 1985 y art. 85 del TR y art. 215 del Reglamento de 1986). Todo ello lo estudié cuidadosamente en mi libro de 1996, págs. 21 a 28.

(169) Cfr., por ejemplo, en tal sentido, BOLEA FORADADA, José Antonio, *Régimen jurídico de las comunidades de regantes*, 1969, págs. 22 a 32; o, sobre todo, con explicación muy bien informada y matizada, y que llega a aproximarse un tanto a la tesis que menciono a continuación, MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *Derecho de aguas*, 1997, págs. 511 a 519, y 549 a 566. Con todo, el autor no ha reflexionado sobre el intento de extender las comunidades de regantes a los propietarios de aguas privadas de pozos.

(170) Cfr., por ejemplo, en tal sentido, GUAITA MARTORELL, Aurelio, *Derecho administrativo. Aguas, montes, minas*, 2.<sup>a</sup> ed., 1986, págs. 174 a 179; o mi propia opinión,

ve más acertado calificar a las comunidades de regantes como asociaciones de interés público (cfr. art. 35-1.º del Código Civil). La jurisprudencia, incluida la del Tribunal Constitucional, no ha respaldado en esto claramente, en mi opinión, a la que es opinión mayoritaria en la doctrina. Sí parece que ha decidido la jurisprudencia en cambio, sustancialmente, la cuestión, relacionada con esa pero distinta, de si las resoluciones de los Jurados de las comunidades de usuarios son sentencias firmes civiles o penales e irrecurribles (art. 125 de la Constitución; art. 19.4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial), rechazando tal posibilidad, e inclinándose por la de que son actos administrativos recurribles en la jurisdicción contencioso-administrativa (cfr. art. 227 y 213 del Reglamento de 1986) (171).

Y es que, sin poder negar la rotunda calificación de nuestra legislación a las comunidades de regantes como *corporaciones de Derecho Público*, lo cierto es que este término es para nuestro legislador como un cajón de sastre donde mete realidades muy diferentes; y que, por debajo de las calificaciones formales, las comunidades de regantes constituyen un supuesto típico de autoadministración; o sea, de gestión autónoma por los propios interesados de funciones originariamente administrativas, actuando éstos como agentes descentralizados de la Administración. De modo que hay un poder delegado de la Administración en estos entes cuando actúan como entes públicos y dictan verdaderos actos administrativos (sanciones o cobro de cantidades debidas,

---

siguiendo a este autor, en mi libro de 1996, pág. 23, nota 10, donde explico y justifico cómo a finales del siglo XIX y principios del XX todavía existía jurisprudencia que negaba la personalidad jurídica de las comunidades de regantes.

(171) Véase sobre la cuestión la interesante sentencia 113/2004, de 12 de julio (Sala 1.ª), del Tribunal Constitucional, relativa al Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia y otros tribunales consuetudinarios sobre aguas. La sentencia desestima el recurso de amparo contra una sentencia de 11 de octubre de 2001, del Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia, que había decidido una concreta polémica sobre una valla construida junto a una acequia y en la que no se veían implicados derechos fundamentales y se discutía sólo la suficiencia del respeto por esa sentencia a la garantía de la motivación que se derivaría de los artículos 24 y 120-3.º de la Constitución. La sentencia del Tribunal Constitucional explica bien la compleja historia de esta vieja cuestión, con aportación de la antigua jurisprudencia, y explica las razones que pueden invocarse hoy a favor de la naturaleza administrativa de los Jurados de aguas, sin negarles cierta naturaleza también jurisdiccional, y cómo progresivamente, yo creo que sin argumentos legales por completo definitivos, evolucionó la cuestión, más bien en la segunda mitad del siglo XX, hacia la impugnabilidad de las sentencias de esos jurados ante la jurisdicción contencioso administrativa, sin ninguna limitación. En el concreto tema de la motivación exigible, el TC mantiene que debe moderarse esa exigencia legal y constitucional en estos supuestos, dado que juzgan hombres legos en Derecho y que aplican normas casi siempre consuetudinarias. Cfr., sobre el tema, MARTÍN RETORTILLO, LORENZO, «La fórmula “cuestiones de hecho” como delimitadora de la competencia de los jurados de riego», en *Revista de Administración Pública*, 1971, núm. 65, págs. 159 a 234; y FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, Valencia, 1988 (antes también 1975), 640 págs.

por ejemplo), pero, en lo demás, las comunidades de regantes, que realmente tienen naturaleza híbrida, más bien actúan como asociaciones o sociedades privadas, defienden sus intereses particulares y privados, y se les aplica también el Derecho Privado o criterios de Derecho Privado transferidos al Derecho administrativo. El estudio de la jurisprudencia no puede sino mostrar esta realidad profunda de las comunidades de regantes. No es del todo cierto que sean Administración. También el Libro Blanco del Agua de 2000 manifiesta algo el insatisfactorio funcionamiento actual de las comunidades de regantes, que creo debido, en parte, a su discutible o vacua calificación legal (172).

La Ley de Aguas de 1985 previó, incluso como posiblemente obligatoria, la constitución de comunidades de usuarios de aguas privadas o públicas de un mismo acuífero o *unidad hidrogeológica*, creo que sin consciencia suficiente de lo que acabo de explicar y acaso sin reparar suficientemente tampoco en que la mayoría de los miembros de estas nuevas comunidades de regantes o usuarios con pozos iban a ser propietarios privados de sus aguas. En ocasiones, se ha esperado tanto de esta idea de agrupamiento de todos los usuarios de los acuíferos, que la misma se ha presentado como una de las claves de la solución futura de la buena gestión de éstos, hasta el punto de presentar la idea como sustitutiva o alternativa de la aspiración de dominializar o publicar todas las aguas privadas subterráneas (173). Pero temo que sea demasiado optimista y poco realista esa explicación o análisis.

Además, si se comparan con cuidado los artículos 81-1.º (obligatoriedad automática para los comuneros de pertenencia a la comunidad pensada para los concesionarios de aguas públicas de acequias derivadas de los ríos) y 87-1.º del TR, referido a las aguas de pozos en general, se advertirá que la ley admite perfectamente la posibilidad de un titular de aguas subterráneas

---

(172) El Libro Blanco menciona esa polémica clásica sobre su naturaleza sin profundizar, y razona pensando exclusivamente en comunidades de regantes con aguas públicas de acequias o de ríos, que son las que efectivamente existen en la realidad. Señala, con olvido acaso del importante papel que tienen en estas comunidades sus ordenanzas, que su régimen legal es demasiado vago e impreciso y que su contabilidad suele ser rudimentaria y opaca, dificultando el conocimiento de su verdadera situación económica. Cfr. págs. 414-415. Lo que no llega a explicar el Libro Blanco es que no es totalmente nítida la regulación del régimen de responsabilidad patrimonial de los miembros de la comunidad de regantes o usuarios. Temo, además, que no contemos con jurisprudencia del TS que haya clarificado tan importante cuestión. Tiendo a pensar que de los artículos 82 y 83-1.º y 4.º del TR se deduce que, en defecto de previsiones diversas de las ordenanzas, dichos comuneros no responden de las deudas de la comunidad de usuarios con la totalidad de su patrimonio personal, pero sí con el valor de la finca regada o de la industria beneficiaria del uso privativo del agua pública, y que además podrá haber, en ciertos casos, en las deudas frente a terceros, una responsabilidad subsidiaria del Organismo de cuenca.

(173) En esta línea la explicación en 2001 de DEL SAZ CORDERO, Silvia, quien consideraba innecesaria una reforma de la Ley de Aguas de 1985-1999, en «Cuestiones legales en la gestión de las aguas subterráneas», en el libro colectivo *Aguas subterráneas: retos y oportunidades*, Fundación Marcelino Botín y Mundi Prensa, 2001, págs. 256-258.

públicas aislado o no integrado en ninguna comunidad de usuarios, lo que es imposible para un usuario de aguas de una acequia. Y ello porque se exige como requisito al posible comunero la pertenencia a un mismo acuífero o *unidad hidrogeológica*, lo que parece que requerirá una cierta comprobación o declaración formal previa por la Administración, y además se le exige, para la constitución de la comunidad de usuarios de pozos, el *requerimiento* del Organismo de cuenca, requerimiento que no parece que debiera ser totalmente discrecional, admitiéndose también que la comunidad se constituya *a instancia de parte* y no de oficio. El Reglamento reconoce la existencia de *usuarios individuales* de aguas (art. 204-2.º), aunque también establece, con dudoso alcance, y sin poder contradecir al TR, que los usuarios que *de forma colectiva* utilicen aguas de manantiales, pozos o corrientes naturales tienen obligación de constituirse en comunidad de usuarios (art. 198-2.º). O sea, incluso aquí parece presuponerse la posibilidad de uso en forma no colectiva de algún pozo (174).

El requerimiento del Organismo de Cuenca podrá existir, en principio, incluso cuando los dueños de pozos lo sean muy mayoritariamente de pozos de aguas privadas y estén agrupados ya en algún tipo de asociación o sociedad privada civil o mercantil. Pero si esa asociación o sociedad funcionaba bien y si, como suele suceder, la Administración hidráulica anda falta de medios y de ideas, el mencionado requerimiento, objetable formalmente desde luego en vía de recurso administrativo o judicial, puede que sea una iniciativa discutible o incluso muy desafortunada. En la práctica, no parecen haber sido nada frecuentes requerimientos como esos, para intentar transformar en comunidades de usuarios de las de los artículos 81 y siguientes del TR, o para absorber en ellas, sociedades civiles o comunidades de dueños de aguas subterráneas privadas. Las comunidades de usuarios que hay hoy en el país son, básicamente, las comunidades de regantes que existían ya antes de 1986 (unas 5.000 en todo el país), relativas a aguas públicas de acequias. Los inexistentes o muy escasos intentos de la Administración hidráulica por extender ese modelo a las aguas subterráneas privadas son la causa de que no podamos hoy ponderar si en este ámbito la planificación hidrológica habría servido o no para robustecer en esto los poderes administrativos y su discrecionalidad.

---

(174) Así viene a afirmarlo la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 4 de diciembre de 2007 (*RAr.*, de 2008, núm. 284), en la que se contempla un posible pozo de aguas públicas que no llega a existir ni a ser autorizado administrativamente, y en la que afirma el TS que, aun de haber tenido el dueño de la finca un pozo legalizado correctamente (conforme a la legislación de aguas, lo que no fue el caso), el titular de ese pozo no tenía porqué haberse dado de alta en la comunidad de regantes de la acequia de esa zona, razón por la que, entre otras, faltó en el caso concreto nexo de causalidad para que pudiera haber nacido el derecho a ser indemnizado por el Ayuntamiento que le negó la apertura del pozo, y por razón de los pagos económicos que el dueño de la finca había hecho ya y adelantado a la citada comunidad de regantes de la zona.

Los regantes con aguas privadas de pozos se han venido agrupando en España, sobre todo cuando explotaban pozos profundos y de caudal importante, en sociedades civiles, acogiéndose con frecuencia a una legislación específica sobre Sociedades Agrarias de Transformación, reguladas en el Decreto estatal de 3 de agosto de 1981 y disposiciones complementarias. La autoridad administrativa (agraria y, últimamente, autonómica) autorizaba o intervenía, también después de 1986, en la constitución de estas sociedades civiles. Con frecuencia los socios pertenecientes a estas sociedades civiles son, a la vez copropietarios *pro indiviso* de los caudales de los pozos, concretando sus participaciones sobre ellos en forma de *acciones* sobre las que existe un activo mercado socialmente aceptado, en principio, dentro de la inseguridad jurídica reinante (175).

Esta estructura típicamente de Derecho Privado se ajusta bien a la gestión de dichos intereses genuinamente privados y de ahí que los esfuerzos de los políticos y de la Administración para animar a los dueños de pozos a que constituyan *comunidades de usuarios*, que se dice han de ser *corporaciones de Derecho Público*, encuentren muchas dificultades en la práctica (176). No es sólo, como a veces se dice, que falte sensibilidad ecológica o sentido de la solidaridad en los agricultores, sino que lo que se les pide (que se integren, en cierto modo, en la Administración) es algo un tanto *contra natura* o de discutible racionalidad (177). La legislación de aguas, en sus

---

(175) Esta importante realidad social de pozos de aguas privadas administrados por sociedades civiles o por sociedades agrarias de transformación, o por comunidades de propietarios o por cooperativas o sociedades mercantiles no ha sido estudiada en nuestra doctrina y se intuye que mostrará realidades complejas y acaso bastante diferentes entre sí. Pueden imaginarse realidades de entidades que simplemente hayan organizado una serie de servicios comunes para una amplia pluralidad de pozos diversos y de funcionamiento muy independiente, pero puede imaginarse también, por ejemplo, que varios pozos sumen sus aguas y las viertan a una tubería o balsa común para luego redistribuirla en los términos que se pacten, lo que podría ofrecer ventajas de transporte, o de dilución de contaminación o salinización existente en zonas muy determinadas, o de asunción conjunta más o menos aleatoria del riesgo futuro de descenso de los niveles freáticos en el acuífero, etc. Consta, por ejemplo, que es especialmente complejo y opaco el mundo del aprovechamiento de las aguas subterráneas privadas en Canarias.

(176) Cfr., en tal sentido, por ejemplo, CODINA ROIG, Jordi, y HERRÁEZ VILAS, Pablo, «Los sistemas colectivos de gestión de aguas subterráneas y la legislación vigente. Ejemplo de Cataluña», en el libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín y Mundi Prensa, 2002, págs. 275 y sigs. y 279 a 283. El primer autor explica que la única comunidad de propietarios de pozos de aguas privadas que conoce que funcione, que es la de la zona del Delta del Llobregat, curiosamente se constituyó ya bajo la Ley de Aguas de 1879. E informa allí mismo de otros varios intentos fracasados de constitución de comunidades de usuarios de aguas privadas de pozos.

(177) En mi libro sobre aguas subterráneas de 1990 ya anuncié, y hoy se puede ver que con buena intuición, que la aplicación a los propietarios de pozos de aguas privadas seguramente encontraría muchas dificultades en la práctica. Cfr. pág. 136.

reformas de 1999 y 2001, y la Administración hidráulica, incluso a través de la planificación hidrológica, siguen por ahora apostando enfáticamente por esta vía de la constitución obligatoria de las comunidades de usuarios de aguas privadas, pero debería estar claro que si ello sólo se pudiera conseguir mediante amenazas de sanciones y métodos represivos esa iba a ser una mala solución para la gestión de las aguas subterráneas (178). Además, el artículo 228-3.º del Reglamento de 1986 admite con acierto que una *causa debidamente justificada* pueda paralizar el requerimiento del Organismo de cuenca a los dueños de aguas subterráneas privadas de constituir obligatoriamente comunidad de usuarios y sus correlativas potestades de ejercer la potestad sancionadora y de redactar los futuros Estatutos de oficio. Nunca podrá ser igual la explotación de un conjunto de pozos que la explotación de una acequia con sus ramales, cuyas aguas están a la vista de todos (incluida la Administración), y con usuarios que cuentan, en ocasiones, con una inercia de siglos en aceptar la disciplina de la autogestión. Otra cosa será, y esto sí podrá estar mucho más justificado, que la Administración, desde fuera, imponga contadores y sistemas obligatorios de control de los consumos o de la calidad de las aguas, o en general, que ejerza su potestad de policía. Esto sí parece plenamente justificado, aunque resulte caro y difícil de llevar a la práctica.

En todo caso, a la inversa, los propietarios de aguas privadas de pozos, incluso si lo fueran todos tales en el acuífero o *unidad hidrogeológica*, lo que será muy raro, pueden solicitar si quieren una comunidad de regantes o de usuarios de las de los artículos 81 y siguientes del TR, o una agrupación atípica de la que tratan los artículos 81-5.º y 61-5.º del TR, sometiéndose voluntariamente a un cierto control por la Administración hidráulica para lo sucesivo (art. 87-1.º del TR), y sin que ello afecte desde luego a la naturaleza privada de sus aguas, o pueden también constituir, por el contrario, si lo prefieren, según expliqué al comentar la propiedad privada del agua, asociaciones o sociedades o comunidades privadas al margen del estricto control administrativo de los artículos 81 y siguientes del TR (art. 1.255 y 35-2.º del Código Civil), al menos si no está constituida ya, o en constitución, una comunidad de usuarios de las reguladas en esos preceptos del TR y en la que parte de los pozos en explotación lo sean ya de aguas públicas. Porque es cierto que parece algo en sí indeseable la partición o troceamiento del acuífero, o de la *unidad hidrogeológica* en su caso, en cuanto a su gestión y al control de la Administración, digamos que dejándola en parte esencialmente

---

(178) Recuérdese la crítica que he formulado, al explicar el sentido general de la propiedad privada sobre las aguas, a la sentencia del TS, de 30 de enero de 2004, que pretendió considerar ilícita la libre formación de una asociación de propietarios de pozos de aguas privadas después de 1986.

privada y en parte esencialmente intervenida por la Administración. Sería esto complejo y poco operativo (179).

Aunque también es cierto que si se constituyen efectivamente asociaciones privadas para gestionar parte de los pozos de aguas privadas de un acuífero en el que existe ya constituida una estricta «comunidad de usuarios» de las de los artículos 81 y siguientes del TR, la situación, interviniendo con su requerimiento y sus potestades la Administración, podría ser compleja, porque la Administración hidráulica, más que poder declarar la nulidad de esa asociación o sociedad privada, lo que está reservado a los tribunales, en principio a los ordinarios, lo que podría hacer es sólo dictar actos administrativos impositivos o sancionadores (art. 228 del Reglamento), también eventualmente discutibles ante los tribunales, en este caso contencioso administrativo. Y en fin, no creo que quepa derivar del bastante flexible artículo 81-5.º del TR la idea de que toda asociación o entidad privada constituida después de 1986 por propietarios de pozos de aguas privadas deba entenderse sometida, en concepto de *convenio específico* a la aprobación del Organismo de cuenca. A pesar de la amplitud y flexibilidad de dicho precepto, creo que el mismo todavía contempla corporaciones de Derecho público de las aludidas en el artículo 82-1.º y que es, formalmente, una excepción a los artículos 1.255, 35-2.º y 1.665 del Código Civil.

Y para el caso de sobreexplotación declarada del acuífero, véase el artículo 87-2.º del TR, que parece reforzar la obligatoriedad de la constitución de la comunidad de usuarios, aunque dejando abierta la posibilidad de que se encomiende por la Administración la gestión del acuífero sobreexplotado, aunque con *carácter temporal*, a un, bastante brumoso y no reglamentariamente precisado, *órgano representativo de los intereses concurrentes*. Posibilidad que, evidentemente, relaja o flexibiliza la intensidad de los efectos del agrupamiento de usuarios buscado por la ley, precisamente cuando dicho agrupamiento parece hacerse más necesario por la declarada sobreexplotación del acuífero.

*RESUMEN*

*ABSTRACT*

*AGUAS SUBTERRÁNEAS*

*UNDERGROUND WATER*

*El autor, que se ha ocupado ya otras veces durante las tres últimas décadas*

*The author, who has already addressed the subject of underground water le-*

---

(179) Con todo, el Reglamento de 1986-2003 admite, en ciertos casos, tanto la agrupación de comunidades de usuarios como la segregación de comunidades de regantes de otras más amplias (art. 202), asunto éste sobre el que ha debido pronunciarse en ocasiones el TS.

del régimen jurídico de las aguas subterráneas, vuelve sobre este importante tema, muy conflictivo social y jurídicamente. El trabajo intenta ser una síntesis o una descripción del estado de la cuestión tanto, primero, en la vertiente de su evolución histórica desde las leyes codificadoras de aguas de 1866-1879, pasando por la importante legislación de 1985, y llegando hasta las reformas normativas más recientes del régimen jurídico de los pozos, como, en segundo lugar, una personal reflexión dogmática y exegetica de la legislación hoy en día vigente sobre aguas subterráneas, ya públicas, ya privadas. El trabajo contiene aportación y valoración de doctrina y jurisprudencia muy seleccionadas. Caracteriza al trabajo, aparte de su rigurosa puesta al día, el intento de poner de manifiesto, sin renunciar a la explicación de los aspectos jurídico administrativos más importantes, la hondura y dificultad de los problemas de Derecho civil, y hasta procesal, presentes en este tema, así como algunas observaciones, meditadas e importantes, sobre la vertiente hipotecarista del mismo. Según el autor, la general irretroactividad del sistema legal sobre las aguas subterráneas privadas, mayoritarias en el país dentro de las subterráneas, es clave en el correcto planteamiento de los problemas jurídicos en todos esos ámbitos y en la forma de discurrirlos. Discurso y reflexión dificultados por lo bastante deficiente de la regulación legal y porque los dos muy defectuosos y extensos reglamentos de la legislación de aguas, engañosamente, no mencionan prácticamente nunca ni las aguas privadas ni el Registro de la Propiedad.

gislation on other occasions over the last three decades, now returns to this important subject that arouses so much social and legal conflict. The paper endeavours to be a synthesis or description of the state of the matter, first, in terms of the historical evolution of underground water legislation since the water laws of 1866-1879, including the important legislation of 1985 and arriving at the most recent legislative reforms of well laws, and second, as a personal, dogmatic, exegetic reflection on the legislation in force nowadays on underground waters, both public and private. The paper furnishes and assesses some carefully selected doctrine and case law. The paper is characterised not only by its being very much up to date, but also by its attempt to show -without neglecting to explain the more important administrative legal aspects- the depth and difficulty of the problems of civil and even procedural law that lurk in this subject, as well as a number of well thought-out, important observations about the subject's mortgage-related facet. According to the author, the general non-retroactive nature of laws on private underground water, which forms the majority of the country's underground water, is key in how to approach the legal problems in all those fields correctly and how to meditate on said problems. The author's discourse and reflection have to defeat the obstacles thrown up by the fact that legal regulation is rather deficient and the fact that, misleadingly, the two highly defective, extensive regulations that purport to deal with water legislation practically never mention private water or the property registration system.

*(Trabajo recibido el 05-06-08 y aceptado para su publicación el 29-05-09)*



# DICTÁMENES Y NOTAS



# Apuntes sobre algunas cuestiones acerca de la revisión judicial de la calificación registral (\*)

por

EDUARDO BAENA RUIZ  
*Presidente Audiencia Provincial de Córdoba*

por la transcripción

ANTONIO MANZANO SOLANO  
*Director Adjunto de la Cátedra Bienvenido Oliver de la Universidad de Córdoba*

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN.

1. LOS JUICIOS VERBALES DEL ARTÍCULO 328 DE LA LEY HIPOTECARIA.
2. EL JUICIO VERBAL DIRECTO:
  - 2.1. OBJETO.
  - 2.2. PLAZO DE IMPUGNACIÓN.
  - 2.3. LA DEMANDA.
3. JUICIO VERBAL DE REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO:
  - 3.1. RESOLUCIÓN EXPRESA.
  - 3.2. RESOLUCIÓN PRESUNTA.
  - 3.3. IMPUGNABILIDAD DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN EN CASO DE RESOLUCIONES SOBRE CALIFICACIÓN SUSPENSIVA POR DEFECTOS SUBSANABLES QUE SON SUBSANADOS.

---

(\*) Conferencia pronunciada por don Eduardo Baena Ruiz, Presidente de la Audiencia Provincial de Córdoba, en la Cátedra Bienvenido Oliver de Derecho Registral de la Universidad de Córdoba, el 30 de enero de 2008, utilizando como fuente la publicación del Consejo General del Poder Judicial sobre *La revisión judicial de la calificación registral*, 2007.

- 3.4. PLAZO DE IMPUGNACIÓN.
  - 3.5. LA DEMANDA.
  - 3.6. LA EXIGENCIA DE FIANZA.
  - 3.7. LA APORTACIÓN DEL EXPEDIENTE REGISTRAL AL PROCESO.
  - 3.8. LA CITACIÓN Y COMPARECENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN.
4. CUESTIONES COMUNES A AMBOS PROCEDIMIENTOS:
    - 4.1. COMPETENCIA TERRITORIAL.
    - 4.2. EL INTERÉS LEGITIMADO DEL NOTARIO Y DEL REGISTRADOR CONTEMPLADO EN EL PÁRRAFO 4.º DEL ARTÍCULO 328 DE LA LH.

## INTRODUCCIÓN

El nuevo procedimiento judicial civil de revisión directa de las calificaciones negativas del Registrador tiene su origen en la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, que culmina una serie de modificaciones en materia de recursos contra las calificaciones negativas del Registrador que han tenido los siguientes episodios:

1. Se iniciaron con la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que realizó una trascendental reforma al cambiar el anterior sistema, extraño, de recurso contra la calificación del Registrador ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia y posterior ante la DGRN, donde se agotaba la posibilidad impugnatoria, por un sistema de revisión por los Juzgados Civiles de las Resoluciones de la DGRN. Para ello se introduce en la Ley Hipotecaria un nuevo Título XIV bajo la rúbrica «Recursos contra la calificación», que comprende los artículos 322 a 329, ambos inclusive.

Esta modificación sustancial del régimen de impugnación de la calificación registral, a pesar de la parquedad justificativa del legislador en la exposición de motivos, tiene dos significaciones fundamentales:

- a) Por un lado se viene a llenar un vacío total en términos del derecho a la tutela judicial efectiva que el artículo 24.2 de la Constitución reconoce a los ciudadanos y en el control judicial de la legalidad de la actuación de la administración, que el artículo 106 de la Constitución Española estatuye, previendo un control judicial de la actividad de la Administración que antes no existía al agotarse la vía de recurso en el de alzada ante la DGRN de los autos dictados por los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia como primer escalón impugnatorio.
- b) Por otro lado parece que manifiesta, tácitamente, una posición de la ley sobre la naturaleza del objeto de la impugnación, es decir, de las calificaciones negativas y suspensivas de los Registradores de la

Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, objeto del recurso que resuelve la DGRN, puesto que se atribuye la revisión de esa actividad de la administración a la Jurisdicción Civil y no a la Contencioso-Administrativa. Ello supone partir de una base, y es considerar que si bien la Resolución de la Dirección General, es «acto de una Administración Pública», sin embargo, no se considera un acto administrativo *strictu sensu*, dada la materia que constituye su contenido, que no es administrativa sino de naturaleza civil, registral o mercantil y, por consiguiente, no se somete a revisión por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa sino por los órganos del orden jurisdiccional civil. Solución que es acertada, pues los efectos de la calificación del Registrador, y por tanto los del recurso que la revisa, no son administrativos; no afectan a relaciones administración-administrado, sino que son efectos en relaciones de Derecho Privado.

Esa singular configuración lleva a adoptar un proceso «civil» de revisión de resoluciones administrativas que no puede por menos que adoptar unos trámites similares al proceso contencioso-administrativo, y concretamente al procedimiento abreviado regulado en el artículo 78 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Como veremos, si bien se hace una remisión a las normas de juicio verbal en el párrafo primero del artículo 328 LH, se introducen en los siguientes párrafos una serie de especialidades en la tramitación que acercan el procedimiento a dicho procedimiento abreviado regulado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Esta naturaleza y configuración tiene singular importancia, puesto que a la hora de tener que realizar interpretaciones sobre aspectos dudosos de la regulación, o tener que rellenar lagunas en la regulación por vía analógica, esa identidad de razón que exige el artículo 1.4 del Código Civil para que se haga esa extensión de la aplicación de la norma para llenar la laguna, tendremos que establecerla con dicho procedimiento contencioso-administrativo.

2. La modificación del régimen impugnatorio estudiado siguió con la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que hizo algunos añadidos a los artículos 327 y 328 y la realizada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modifica los artículos 322, 323, 327 y 328 en cuestiones que no tienen interés a efectos de este trabajo, y que además han quedado parcialmente sin efecto con la regulación final que resulta de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre.

3. En este estado de cosas se dicta la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, en cuya Exposición de Motivos justifica la reforma del régimen de recursos

contra las calificaciones del Registrador o las Resoluciones de la DGRN en la introducción de reformas para la mejora del funcionamiento de la Administración, dedicando el siguiente párrafo: «Además, se incluyen dos diferentes tipos de reformas, respecto del sistema de seguridad jurídica preventiva, ambas íntimamente conectadas, y que permitirán incrementar su eficacia. De un lado, se mejora el régimen de recursos frente a la calificación, dado que la experiencia habida hasta el momento ha puesto de manifiesto las disfunciones de su régimen jurídico. Entre otros aspectos, se aclara y concreta la imposibilidad de que el Registrador pueda recurrir la decisión de su superior jerárquico cuando revoca su calificación; por idéntica razón, se mantiene y aclara la vinculación de todos los Registradores a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando resuelve recursos frente a la calificación. Estas medidas tienen como consecuencia inmediata la agilización del sistema de los recursos, con el consiguiente impulso en el ámbito de la eficiencia administrativa y el correlativo en la productividad del país».

En definitiva, con la introducción de la impugnación judicial directa de las calificaciones negativas del Registrador y el carácter potestativo del hasta entonces preceptivo recurso ante la DGRN para acceder a la vía jurisdiccional, se acentúan los dos aspectos que rodeaban la reforma iniciada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, pues, por un lado se incrementa considerablemente la tutela judicial efectiva para el ciudadano al acercarse el acceso a la jurisdicción con la posibilidad del recurso civil directo contra la negativa del Registrador y, por otro lado, se ratifica una vez más la consideración que el legislador hace de la naturaleza no puramente administrativa de la actividad del Registrador.

## 1. LOS JUICIOS VERBALES DEL ARTÍCULO 328 DE LA LEY HIPOTECARIA

Dentro de los mismos se prevé tanto el directo contra la calificación negativa del Registrador, como la impugnación de las Resoluciones de la DGRN, y, de ahí, que distingamos los trámites de ambos, sin perjuicio de traer a análisis y somera exposición aquello que resulte común para ambos.

Pero, previamente, debemos hacer una breve referencia a la naturaleza de estos juicios verbales previstos en el artículo 328 LH. No podemos tildar a estos procesos de juicios verbales declarativos ordinarios típicos. Se trata, sí, de procesos declarativos, a tenor del contenido y naturaleza de su objeto, y del correspondiente contenido y efectos de las sentencias que les ponen fin, como ya se trata en otras partes de esta obra. Ahora bien, no son procesos ordinarios y típicos sino especiales y atípicos, pudiendo calificarse de proceso especial de revisión judicial directa de la calificación negativa del Registra-

dor, y de proceso especial de revisión judicial de las resoluciones de la DGRN dictadas en impugnación de calificaciones negativas del Registrador, procesos ambos que aprovechan, parcialmente, los trámites o procedimiento del juicio verbal civil, a los que añade o sustituye parcialmente con previsiones específicas contenidas en el artículo 328 LH.

A ello se une la controvertida naturaleza del procedimiento registral que está en la base del objeto de impugnación en estos juicios verbales, sobre la que mucho se ha escrito. Naturaleza de jurisdicción voluntaria, jurisdicción voluntaria administrativa, mixta o especial, administrativa pura son opiniones que se han vertido por egregios autores que han estudiado y escrito al respecto pareciendo que la tesis de su naturaleza como procedimiento administrativo, si bien con la especialidad de su objeto, de trascendencia civil, es lo que da lugar a esa esquizofrénica situación en que la revisión jurisdiccional de las calificaciones negativas y resoluciones de la DGRN se produce en la jurisdicción civil, a pesar del contenido del artículo 1.1 LJCA, regulador del ámbito de aplicación de dicho orden jurisdiccional que llevaría la garantía judicial al mismo, para evitar el cual se ha venido a decir que el procedimiento es administrativo pero su objeto es un acto sujeto al Derecho civil-mercantil y no al administrativo. Esta discusión, en lo que interesa a esta ponencia, no es una mera cuestión dogmática sin trascendencia, puesto que afecta al régimen jurídico de la figura jurídica o institución estudiada. La calificación de la naturaleza jurídica del procedimiento registral como administrativa tiene interés a la hora, por ejemplo, de acudir a la LJCA y a su procedimiento abreviado cuando busquemos, como lo haremos, llenar lagunas de regulación a los juicios verbales que tratamos en vía de interpretación analógica *ex* artículo 4.1 del Código Civil.

## 2. EL JUICIO VERBAL DIRECTO

### 2.1. OBJETO

El párrafo 1.º del artículo 328 LH enumera la actividad impugnabile y debe su redacción a la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, que también afectó, de forma coordinada, a los artículos 66 y 324.1.º de la LH, considerando potestativo el recurso gubernativo ante la Dirección General y permitiendo que se impugne directamente la calificación registral por la vía judicial. En tal sentido, el artículo 66 LH establece que los interesados podrán reclamar contra el acuerdo de calificación del Registrador, por el cual suspende o deniega el asiento solicitado ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, o bien directamente ante el Juzgado de Primera Instancia competente, lo que ratifica el segundo de los preceptos indicados al establecer que

las calificaciones negativas del Registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y según los trámites previstos en los artículos siguientes, o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble.

Según dichos preceptos, la actividad impugnable son los acuerdos de calificación por los cuales se suspende o se deniega el asiento solicitado.

No es impugnable la actuación del Registrador notificando al interesado que su recurso ante la DGRN habría sido desestimado por silencio administrativo.

La sentencia de la AP de Burgos, de 6-6-05 (EDJ 2005/140264) rechazó que sea una calificación negativa contra la que se pueda ejercitar la acción judicial en el plazo de dos meses previstos en el artículo 328.2 LH, la actuación del Registrador notificando al interesado que su recurso ante la DGRN había sido desestimado por silencio administrativo, lo que pretendía el recurrente al haber dejado transcurrir el plazo que tenía para impugnar la resolución desestimatoria presunta de la DGRN. Razona la sentencia que esa notificación del Registrador fue una «simple comunicación del estado en que se encontraba el expediente», no constituyendo actividad impugnable. Lo cierto es que la notificación del Registrador tendrá como finalidad poner de manifiesto que el transcurso del año y día determina la caducidad del asiento de presentación (art. 327.12 LH) y la procedencia de despachar los asientos pendientes, con las consecuencias, negativas, que ello tiene para aquél que había solicitado la inscripción.

No cabe tampoco acudir a este procedimiento del artículo 328 LH contra calificaciones positivas del Registrador, pues aunque hubiese alguna duda al respecto, resuelta con carácter negativo por la sentencia de la AP de Valencia, de 27 de abril de 2005, tras la reforma aprobada por la Ley 24/2005 se ratifica esa conclusión puesto que, si bien sigue el artículo 328 LH guardando silencio sobre la naturaleza positiva o negativa de las calificaciones que motivan las Resoluciones de la DGRN expresas o presuntas que son impugnables en el procedimiento regulado en dicho precepto, deja claro que la impugnación directa de la calificación del Registrador sólo lo es de las «calificaciones negativas del Registrador».

En resumen, cabe revisar en él todo tipo de calificaciones negativas, no siendo posible hacerlo con las calificaciones positivas determinantes de que por el señor Registrador se practique el asiento, pues a partir de tal momento (art. 1 LH) estos quedan bajo la salvaguarda de los Tribunales, siendo sólo posible su rectificación y cancelación a través de los procedimientos judiciales que la LH contempla (art. 40 LH): tal diferencia es esencial y sus consecuencias de gran trascendencia, por lo que es exigible un especial celo por parte del Registrador para tener en cuenta, antes de practicar el asiento, todos

los intereses que han de ser salvaguardados por poder verse perjudicados como consecuencia de la inscripción. Es decisiva la idea de que el Registrador es el Fiscal de los terceros ausentes del procedimiento registral y que tal función va a resultar determinante de su presencia en todos los trámites del procedimiento pues no puede ser sustituida por otro funcionario que actúe tales intereses. Muy especialmente por el Abogado del Estado cuya misión es la defensa del interés de la Administración del Estado.

2.2. PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA DE JUICIO VERBAL DIRECTO FINALIZA EL MISMO DÍA DEL MES, SI BIEN DOS MESES MÁS TARDE, EN QUE FUE NOTIFICADA LA CALIFICACIÓN NEGATIVA Y NO EL SIGUIENTE COMO PUDIERA DERIVAR DE LA APRECIACIÓN PURAMENTE CIVIL DEL CONJUNTO

En el caso de que sean varios los legitimados para interponer el recurso judicial (art. 328.3 y 4 LH en relación al art. 325 LH), los plazos para la presentación de la demanda no son comunes para todos ellos, sino que cada legitimado tendrá su propio plazo desde el día siguiente a su propia notificación.

Íntimamente relacionado con la cuestión que abordamos, relativa al plazo de interposición de la demanda, se encuentra el problema atinente a la relación de éste con la vigencia del asiento de presentación.

El asiento de presentación se verá automáticamente prorrogado, a tenor del artículo 323.1 LH, por la calificación negativa por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la última notificación de las previstas en el artículo 322 LH. Con ello durante el plazo para formular la demanda judicial sigue vigente el asiento de presentación, e incluso algunos días más puesto que los sesenta días de prórroga no incluirá, a diferencia del plazo de dos meses, los días inhábiles entre los que, sin embargo, sí se incluyen —como inhábiles— los sábados del mes de agosto en función de las específicas reglas que determinan los plazos que pudiéramos denominar hipotecarios.

Existe un defecto en la regulación legal en relación a la prórroga de vigencia del asiento de presentación cuando se ejercita la impugnación judicial, puesto que al presentarse la demanda directamente en el Juzgado Civil, sin que se prevea que el Registrador tenga conocimiento de dicha presentación, el Registrador al transcurso de los sesenta días de vigencia del asiento de presentación previsto en el artículo 323.1 de la LH, considerará el asiento caducado, por tanto dará lugar a la posible inscripción de los títulos o documentos posteriores, y ello a pesar de que la presentación de la demanda suspenderá, *ex lege* por disposición del artículo 66.3 LH dicho plazo. Se han producido en la práctica supuestos en que el conocimiento por el Registrador de la existencia del procedimiento, cuando es citado a la vista del juicio verbal, se produce hasta seis o siete meses después de que han transcurrido

esos sesenta días. Sería, por tanto, necesario que por disposición legal, la interposición de la demanda fuese comunicada al Registrador dentro del plazo de prórroga de los sesenta días del asiento de presentación, a fin de que fuese efectiva la suspensión del plazo del asiento por virtud del artículo 66.3 LH con el efecto de no despachar los títulos o documentos posteriores hasta la reanudación del plazo y su caducidad cuando termine el procedimiento.

Sería, por tanto, aconsejable, hasta que se prevea legislativamente algún mecanismo, que quien presente la demanda judicial, ponga en conocimiento del Registrador la presentación de la misma aportando una certificación al efecto del Decanato de los Juzgados ante el que se presenta, o bien le aporte una copia sellada de la misma con un escrito en el que interese se considere suspendido el plazo de prórroga del asiento a tenor de dicha presentación.

### 2.3. LA DEMANDA

Si bien sería posible una demanda sucinta, parece que lo habitual y recomendable es acudir a una demanda ordinaria, máxime teniendo en cuenta que normalmente no habrá fase probatoria sino que el procedimiento se resuelve en función de los escritos alegatorios de las partes. A diferencia de lo que ocurre con el juicio que se entable contra la Resolución de la DGRN—donde en principio toda la documentación necesaria para resolver el supuesto se encuentra en el expediente que deberá enviar la DGRN— en el juicio verbal directo deberán acompañarse a la demanda cuantos documentos funden la pretensión del recurrente, muy especialmente la calificación negativa del Registrador.

## 3. JUICIO VERBAL DE REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

El objeto de este juicio es la impugnación judicial, bien de la Resolución expresa que dicte el Centro Directivo, bien de la Resolución presunta de dicha administración.

### 3.1. RESOLUCIÓN EXPRESA

La Resolución expresa que recaiga y que debe decidir las cuestiones planteadas por el recurrente ha de integrar una serie de requisitos formales entre los que es absolutamente habitual la omisión de la Propuesta de Resolución a pesar de venir preceptivamente impuesta. En principio, ya adelanto,

que la actividad impugnada estará enlazada con el contenido de dicha Resolución pues, a mi juicio, son cuestionables en el juicio verbal todos los temas que dicha Resolución incluya, congruente o incongruentemente. Advertencia de interés, pues es frecuente que la DGRN incluya, a modo de doctrina pretendidamente vinculante, afirmaciones con eventual carácter normativo que son ajenas a la decisión del caso concreto: es evidente que todo ello resulta impugnado, pues no sería sistemáticamente adecuado que a mayor incongruencia de tales doctrinas de la DGRN —por no afectar a la calificación litigiosa— más dificultad existiera para su puesta en cuestión jurisdiccional.

### 3.2. RESOLUCIÓN PRESUNTA

Transcurrido el plazo de tres meses para el dictado de la resolución expresa que el artículo 327.9 LH establece, por virtud del mismo precepto, se producirá la desestimación del recurso por silencio administrativo, generándose así una resolución desestimatoria presunta que es susceptible de ser impugnada en la vía judicial por el procedimiento del artículo 328 LH.

Ahora bien, pudiese suceder que, transcurrido dicho plazo, y por tanto extemporáneamente, se dictase Resolución expresa por la DGRN, planteándose la cuestión sobre si ello es posible y si, en su caso, tal Resolución adolecería de nulidad.

Si la DGRN, cumpliendo la obligación de resolver expresamente el recurso que el artículo 42.1 LRJPAC plasma, dicta resolución expresa, no habrá problema si dicha resolución es desestimatoria, en el mismo sentido que la resolución generada por el silencio negativo. Pero si la resolución es estimatoria del recurso, se discute qué efecto tiene el dictado de esa resolución expresa contraria a la denegación presunta por silencio administrativo, o incluso si el Centro Directivo puede siquiera dictar esa resolución.

Si nos atenemos al contenido del artículo 43.4.b) LRJPAC, en los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará sin vinculación alguna al sentido del silencio, de modo que sí podrá dictar la DGRN resolución expresa, pero no tendrá ninguna eficacia si es contraria al sentido desestimatorio de la resolución presunta, por consiguiente a pesar de la resolución expresa en sentido estimatorio de recurso, la calificación negativa del Registrador había quedado ratificada por la desestimación presunta del recurso. Este criterio de la posibilidad ilimitada en el tiempo de resolver expresamente la administración, sin perjuicio de la limitación o inexistencia de efectos, constituiría la defensa de una tesis «administrativa» del silencio en el proceso registral.

Sin embargo otro es el criterio sentado en las sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia, número 38 de Barcelona, en el juicio verbal

registral número 176/05 de fecha 26-IX-05, y por el Juzgado de Primera Instancia, número 43, en el juicio verbal registral número 690/05 de fecha 23-XI-05, en las cuales se considera que no puede la DGRN dictar resolución extemporánea contraria a la desestimatoria presunta por silencio. Consideran estas sentencias que no es aplicable la previsión del artículo 43.4.b) LRJPAC al procedimiento impugnatorio registral, pues «la especialidad del procedimiento registral determina que, en los casos en que no se contemple expresamente la aplicación de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo, no hay razón alguna que legitime para hacerlo, ya que cuando el legislador quiere tal aplicación expresamente lo sanciona», por lo que entienden ambos Juzgadores que ni en el artículo 327.9 LH ni en el 328 LH se establece la aplicabilidad de dicha ley. A este argumento se añaden en la sentencia otros argumentos que son la infracción de la seguridad jurídica (principio de rango constitucional plasmado en el art. 9.3 CE) de coexistir dos Resoluciones de la DGRN contradictorias, los términos claros del artículo 327.9 LH y la contradicción que supondría admitir el dictado de la resolución expresa extemporánea con las medidas de acortamiento de plazos acometida en el procedimiento registral a partir de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y de Orden Social. En consecuencia, a tenor de todo ello, ambas sentencias declaran la nulidad de la resolución expresa extemporánea estimatoria del recurso contra la calificación del Registrador, considerando que la calificación del Registrador quedó firme al ser confirmada por la resolución presunta y haber transcurrido el plazo para la impugnación judicial de dicha desestimación presunta, no llegando en ambos casos a entrar en el fondo de la cuestión planteada por ese motivo.

La tesis sustentada por la sentencia comentada, que parte de una configuración especial del silencio administrativo registral que impide dictar resolución expresa por la DGRN, contraria a la resolución presunta, fuera del plazo previsto, es, a mi juicio, la opción defendible. Téngase en cuenta que al año y un día se cancela el asiento de presentación (art. 327.11 LH) y se inscriben los asientos pendientes. Si se admite que la DGRN puede resolver en cualquier momento, puede ocurrir que denegada inicialmente la inscripción y recurrida, por ejemplo, por el notario —sin que lo haga el interesado—, y transcurrido el plazo de un año y un día sin resolución expresa, el Registrador puede entender desestimado el recurso por silencio y caducado el asiento de presentación, por lo que puede proceder a inscribir un título transmisivo que esté pendiente de despacho a expensas del asiento de presentación extendido —y ya caducado—. Si después de hacerlo la DGRN dicta resolución expresa estimando el recurso y ordenando la inscripción en cuestión, su eficacia es nula, dado que no es posible hacerla efectiva, pues el asiento habría caducado —por imperativo legal— e inscrito, de forma probablemente incompatible para la efectividad de la resolución dictada, un título-derecho a favor de un

tercero. No puede olvidarse que sin asiento de presentación no puede haber inscripción (art. 436 RH y 24 LH). Es una situación caótica perfectamente posible en esta tesis de interpretación administrativa del silencio a la que no puede darse lugar, y cuya única solución es considerar, como lo hicieron las sentencias comentadas, nula la resolución extemporánea dictada en contradicción con la resolución presunta por silencio.

Téngase en cuenta que la naturaleza y significación de la función y del sistema registral tiene una incidencia esencial en la configuración del silencio, puesto que, a diferencia del procedimiento administrativo común en el que hay una relación bilateral entre Administración y administrado y las resoluciones expresas tardías de la Administración pueden no plantear excesivos problemas, en el sistema registral, de configuración triangular en el que siempre están los terceros interesados, y vivo, en el que se acumulan en la puerta de los libros del registro, cerrada temporalmente por el candado del asiento de presentación, otros actos o negocios jurídicos sobre la finca que pretenden su entrada en los libros, la resolución extemporánea constituye, de tener efectos, una bomba que destruye el sistema registral.

### 3.3. IMPUGNABILIDAD DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN EN CASO DE RESOLUCIONES SOBRE CALIFICACIÓN SUSPENSIVA POR DEFECTOS SUBSANABLES QUE SON SUBSANADOS

Puede ocurrir que la calificación negativa del Registrador lo sea por defectos subsanables, procediendo el interesado a subsanar los defectos, lo que hace posible la inscripción solicitada. Sin embargo, como quiera que el artículo 325 *in fine* LH establece, al regular el recurso administrativo ante la DGRN, que «la subsanación de los defectos indicados por el Registrador en la calificación no impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso», ello posibilita que, a pesar de que el interesado haya obtenido la inscripción, y por tanto se ha desinteresado por cualquier cuestión atinente a la primera calificación negativa por defectos, pueda ser recurrida la calificación, por ejemplo, por el notario, lo que provocaría una Resolución de la DGRN que puede dar lugar a una doctrina vinculante para los Registradores (art. 327.11 LH) en materias de interés corporativo. El problema se produce cuando el Registrador pretende recurrir en la vía judicial al entender de algunos Juzgados que se ha producido la desaparición del objeto de la litis al haber, finalmente, inscrito el interesado con lo que al amparo del artículo 22 LEC se considera concurre falta de objeto procesal.

Discrepo de esta respuesta, puesto que el objeto del proceso impugnatorio judicial no lo es sólo el derecho a inscribir del interesado, que lo es, sino también la Resolución misma de la DGRN, que puede tener otros contenidos

de doctrina general vinculante que han de ser también objeto del proceso judicial, pues si la LH ha permitido que la calificación inicialmente negativa del Registrador pueda ser impugnada ante la DGRN a pesar de haberse subsanado los defectos y de haberse inscrito, y por tanto no existir esa contienda, no puede impedirse que el proceso registral llegue a su final, que es la revisión judicial de la actividad de la DGRN también en estos supuestos. En consecuencia, o se rechaza que el notario tenga legitimación para recurrir independiente de la del interesado que carece de tal interés al haber inscrito, o en otro caso procede llevar el proceso registral, como mantenemos, hasta la vía impugnatoria judicial, a fin de ser efectivo el control judicial de la actividad de dicho Centro Directivo.

En concreto, recientes sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de octubre de 2006 y 5 de diciembre del mismo año mantienen la necesidad de un pronunciamiento sobre el fondo: en primer lugar, porque la inscripción no implicó en ningún caso que el Registrador asumiera la decisión de la DGRN, sino que fue debida a la subsanación de los defectos apuntados; en segundo lugar, porque permanece en la esfera del derecho una decisión de importantes consecuencias que se vería inmune a su revisión jurisdiccional; en tercer lugar porque frente a la aplicación de criterios puramente formales debe prevalecer el interés legítimo del recurrente a obtener una resolución sobre el fondo del tema.

Pero puede ocurrir un fenómeno en cierto modo contrario, y es aquél en el que el interesado, ante la nota de calificación negativa, en vez de subsanar desiste de la pretensión de inscripción (conforme le permite el art. 433 RH), con lo cual el asiento de presentación se cancela, no obstante lo cual, el notario, haciendo uso de su legitimación independiente para recurrir la decisión del Registrador lo hace, pudiendo ocurrir la paradoja de que la DGRN resuelva estimando el recurso y ordenando, en contra de la voluntad del interesado y desaparecido el asiento de presentación, que se inscriba el título. Es un aberrante jurídico no admisible, pero que ya se ha producido.

La solución sería la inviabilidad de recurrir gubernativamente cuando el interesado no subsana los defectos sino que desiste de la inscripción.

#### 3.4. PLAZO DE IMPUGNACIÓN

Cuando se trata de recurrir la Resolución expresa de la DGRN, el artículo 328.2 LH fija el plazo de impugnación de dos meses, pero cuando se trata de resoluciones presuntas del Centro Directivo, dicho plazo viene fijado, a raíz de la modificación operada por la Ley 24/2005 en el anterior precepto, en cinco meses y un día «desde la fecha de interposición del recurso» (gubernativo). La paradoja es que, transcurrido este plazo, el interesado no puede

recurrir y, sin embargo, por falta de coordinación legislativa, sigue subsistente el plazo de un año y un día de la prórroga del asiento de presentación respecto a la vigencia de dicho asiento de presentación prevista en el párrafo penúltimo del artículo 327 LH. Según la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 6-6-05, el plazo de formación de la resolución presunta no es interrumpible, conforme dispone el artículo 327.9 LH y 43.1 de la LRJPAC. Sería, pues un plazo de caducidad.

### 3.5. LA DEMANDA

En este tipo procesal es en el que la demanda sucinta prevista en el artículo 437.1 LEC tiene su razón de ser, dado que sí puede carecer el actor de datos para formular una completa fundamentación en el documento iniciador del procedimiento, puesto que pueden existir documentos y datos en el expediente registral seguido en vía del recurso potestativo ante la DGRN que precise conocer a tal fin. Por ello la demanda sucinta vendría a hacer un papel similar al que, en el proceso contencioso-administrativo, desempeña el escrito de recurso, de modo que una vez aportado el expediente registral y dado traslado del mismo al actor, como veremos en el apartado siguiente, sí estarán a disposición del demandante todos los datos de hecho y de derecho para formular, en la vista del juicio, como prevé el artículo 443.1 LEC, los fundamentos completos.

### 3.6. LA EXIGENCIA DE FIANZA

El inciso final del párrafo cuarto del artículo 328 LH, tras regular aspectos particulares de la legitimación para recurrir las Resoluciones de la DGRN, termina estableciendo que «el Juez que conozca del recurso interpuesto podrá exigir al recurrente la prestación de caución o fianza para evitar cualquier perjuicio al otorgante del acto o negocio jurídico que haya sido calificado negativamente».

A pesar de que la dicción del precepto lleva a pensar que la caución o fianza se prevé para aquellos recurrentes a los que el párrafo, en que se encuentra regulada, confiere legitimación para recurrir la resolución administrativa, es decir, para el notario autorizante, o su sucesor en el protocolo, o el Registrador cuya calificación negativa haya sido revocada por resolución expresa del Centro Directivo, no tiene sentido que la posibilidad de exigir la caución se aplique al notario autorizante o sucesor, puesto que si la finalidad de la caución o fianza es evitar el perjuicio del otorgante, el notario, cuando recurra, lo hará en la órbita de los intereses del otorgante, pretendiendo el

acceso de la escritura o título autorizado al registro, interés que será coincidente con el del otorgante y titular de la relación jurídica o acto que contiene el título vería satisfecha su pretensión de acceso al registro, ve de nuevo cómo dicho acceso queda nuevamente pendiente del recurso planteado por el Registrador.

Centrada así la cuestión, parece absolutamente razonable la crítica que se efectúa en orden a la exigencia de fianza que, teniendo como único posible destinatario al Registrador, carece de fundamento lógico. En este sentido debe recordarse que, a pesar de la demanda de juicio verbal y ante la prórroga del asiento de presentación, no se produce pérdida alguna de prioridad registral y que la responsabilidad por otros eventuales perjuicios estaría cubierta por la natural solvencia del Registrador que, adicionalmente, tiene corporativamente cubierto, a través del correspondiente seguro, el ejercicio de su función. La única razón de ser que se intuye para su implantación es, efectivamente, desincentivar la revisión jurisdiccional de las Resoluciones de la DGRN. Ha de tenerse en cuenta que el Abogado del Estado queda siempre dispensado de la prestación de cualquier fianza, inimaginable también respecto del Ministerio Fiscal cuya función es muy similar a la del Registrador en estos procesos civiles.

Tal fianza es, por otro lado, incompatible, con la doble misión del Registrador —consustancial con su función— de garante de la legalidad y protector de los terceros ausentes del procedimiento. Intereses que sin duda priman frente al eventual retraso en la inscripción garantizado por la continuidad de la prioridad registral.

Por todo ello, y dado el carácter facultativo para el Juez de su exigencia, entiendo que ésta debe ser absolutamente excepcional.

### 3.7. LA APORTACIÓN DEL EXPEDIENTE REGISTRAL AL PROCESO

Tal cuestión sólo se presenta en el juicio verbal contra las Resoluciones de la DGRN por ser el único en que dicho expediente existe, instruido por el Registrador y que junto con su informe y las alegaciones de los interesados eleva a la DGRN.

El artículo 328.3 LH hace una parca regulación de tal aportación y, de ahí, que autorizada doctrina, se incline por aplicar por analógica las normas de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y a tal efecto requerir su aportación de la DGRN en el auto de admisión a trámite de la demanda.

Sería una traba innecesaria el dar traslado individualizado de dicho expediente a las partes personadas, si bien sería oportuno dar noticia de su llegada y de la posibilidad de su examen en la sede del Tribunal.

Creemos, además, que sería inviable la celebración de la vista del juicio sin la presencia del expediente, teniendo en cuenta que a la vista del mismo es el propio Tribunal el que tiene que emplazar a quienes considere interesados en el asunto.

### 3.8. LA CITACIÓN Y COMPARECENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN

Acudiendo una vez más a la aplicación analógica del procedimiento abreviado contencioso-administrativo, y conforme al artículo 78.3 de la LJCA, habrá que citar expresamente a la DGRN, a la vez que sea requerida para la remisión del expediente, sin que pueda considerarse tácitamente citada con este requerimiento.

La comparecencia de la DGRN, como órgano de la Administración del Estado que es, se verificará representada —y defendida—, pues, por el Abogado del Estado, tal como establece expresamente el artículo 328.5 LH, y como también lo dispone, con carácter general en los procesos judiciales, el artículo 551 de la LOPJ.

Siendo parte demandada en el proceso, normalmente, la Administración del Estado en que se encuadra la Dirección General de los Registros y del Notariado, autora de la actividad impugnada, el artículo 328.5 dispone que: «...No obstante, cuando se trate de la inscripción de derechos en los que la Administración ostente un interés directo, la demanda deberá dirigirse contra el Ministerio Fiscal».

Regula este apartado el supuesto en el que la calificación registral negativa que motiva el recurso ante la DGRN tiene por objeto la inscripción de títulos y derechos inscribibles de los entes públicos, en cuyo caso el artículo 325.a) LH pone en manos de dicha administración la legitimación para recurrir esa decisión, ello da lugar a que, cuando sea la Administración del Estado la que interponga el recurso contra la calificación negativa del Registrador, no pueda, a su vez, ser la parte demandada del proceso. Incluso cuando no sea la Administración del Estado la legitimada recurrente sino otra administración territorial (de la Comunidad Autónoma, la Diputación, la Comarca, el Ayuntamiento o la Entidad Local Menor de que se trate), pero a la que la Abogacía del Estado represente y defienda, conforme a los artículos 551 LOPJ y artículo 1 concordantes de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, represente y defienda, tampoco podrá estar el Abogado del Estado representado y defendiendo a ambas partes del proceso. Es por ello que se da entrada al Ministerio Fiscal como órgano al que le corresponde defender el interés público que se deriva de la calificación registral.

Muestro total conformidad con la opinión de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y GASCÓN INCHAUSTI, F. en cuanto a que, aunque la Ley no parece muy clara al

respecto, no se prevé una legitimación pasiva del Ministerio Fiscal compartida con la Administración del Estado a modo de litisconsorcio pasivo necesario, sino que se sustituye, por las razones indicadas, a la Administración del Estado por el Ministerio Fiscal, que sería la única parte demandada necesaria (sin perjuicio de atribuir el Tribunal tal condición de demandados —codeemandados— a los interesados que resulten del expediente administrativo-registral conforme al art. 328.3 LH y 150 LEC). Esta ha sido la decisión adoptada por el Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Valladolid, en auto dictado con fecha 13 de marzo de 2006 en el juicio verbal registral número 398/2005, tesis apoyada también por el Ministerio Fiscal.

#### 4. CUESTIONES COMUNES DE AMBOS PROCEDIMIENTOS

Son varias las cuestiones comunes que suscitan ambos procedimientos.

Nosotros, en el limitado ámbito de una conferencia sujeta a la natural servidumbre del tiempo, no podemos abordar todos y mucho menos, con una mínima profundidad, pues algunos —legitimación— exigirían de por sí una sola conferencia para aproximarnos a ellos. De ahí que en adelante, sólo me referiré aisladamente a los que he considerado oportunos, y de modo parco y superficial.

##### 4.1. COMPETENCIA TERRITORIAL

La competencia territorial se fija en el artículo 328.2 LH en base al fuero del lugar de ubicación del inmueble, si bien llevando la competencia a los Juzgados de la capital de la provincia de dicho lugar. A pesar de no ser una acción real propiamente dicha, sí tiene una trascendencia real, dado que el objeto del proceso será el derecho a la inscripción del recurrente, con los trascendentales efectos inmobiliarios que ello conlleva. Por ello se adopta un criterio de competencia territorial similar al previsto en el artículo 52.1.1 LEC para el ejercicio de acciones reales si bien, se atribuye la competencia a los Juzgados de la capital de la provincia como en todos los procedimientos judiciales civiles en que sea parte el Estado, por disposición del artículo 15 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

La LH, al establecer como punto de conexión el del lugar de situación del inmueble, ha optado por un criterio de atribución de competencia que, una vez más, da una pista sobre la naturaleza que ha de darse a este proceso judicial. Si se entendiese que el proceso tratado es meramente revisor del acuerdo del Registrador, el criterio de atribución de competencia territorial

adecuado habría sido el de la sede del registro en que se ha dictado el acuerdo calificador impugnado. Sin embargo este recurso judicial, que se trata en otros apartados de esta obra, es más que un mero procedimiento revisor del acuerdo del Registrador, puesto que su objeto es el derecho o no a obtener el asiento o inscripción solicitada. En consecuencia, el objeto del recurso va más allá del análisis de la calificación del Registrador, siéndolo el enjuiciamiento del derecho del interesado recurrente al acceso del documento o título de trascendencia inmobiliaria al registro, y de ahí que sea el lugar donde el inmueble se sitúa el punto de conexión utilizado para fijar la competencia. Cierto es que el efecto final hubiera sido el mismo al llevar el procedimiento a los Juzgados de la capital de la provincia, pero lo cierto es que el fuero es el lugar del inmueble.

Finalmente, en cuanto a la naturaleza de la competencia territorial, no hay duda en cuanto a que se trata de una norma de competencia territorial imperativa y por tanto no disponible por las partes por el mecanismo de la sumisión tácita. Ello es así, no tanto por aplicación del artículo 54.1 *in fine* LEC, que establece la invalidez de la sumisión en los asuntos que deban decidirse por el juicio verbal, dado que se está refiriendo al proceso verbal como declarativo ordinario típico, sino por la terminante previsión del artículo 328.2 LH que es una excepción al carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial en el proceso civil que, como principio general, se prevé en el artículo 54 LEC.

Un problema que puede plantearse es que el documento calificado afecte a inmuebles que estén en varias provincias. Para algún autor, en tal caso, por aplicación analógica del artículo 52.1 de la LEC habrá de considerarse Tribunal competente el de la capital de cualquiera de estas provincias a elección del demandante: **CONCLUSIÓN QUE NECESITA MATIZACIONES**. Frente a ella ha de tenerse en cuenta que en dicho supuesto el título presentado será objeto de diversas calificaciones por parte de cada uno de los Registradores en cuyo distrito se encuentre el inmueble: cada una de estas calificaciones podrá ser objeto del correspondiente ulterior proceso que en su caso se ventilará en los Tribunales de cada una de las capitales de provincia. Si que ha de advertirse que en virtud de lo dispuesto por el artículo 327.11 de la LH —y éste es el sentido de la discutida norma— decidida jurisdiccionalmente tras el oportuno proceso la improcedencia de la calificación negativa de un título que afecte a varios inmuebles lo decidido respecto de uno de tales supuestos debe vincular a los restantes Registradores a la hora de calificar el mismo título respecto de las fincas radicantes en su distrito hipotecario.

4.2. EL INTERÉS LEGITIMADOR DEL NOTARIO Y DEL REGISTRADOR CONTEMPLADO EN EL PÁRRAFO 4.º DEL ARTÍCULO 328 DE LA LH

Sin detenernos por exceder del límite temporal de la conferencia en las disfunciones que arrastra la materia, violentando la Exposición de Motivos y habiendo obligado a una modificación por Ley 53/2002 para ofrecer legitimación al Sr. Registrador a la hora de recurrir contra las Resoluciones de la DGRN, cabe decir que la legitimación, tal y como en el proceso civil establece el artículo 10 de la LEC puede ser directa o indirecta. En la primera se identifica legitimación con titularidad sustantiva o material de la relación jurídica litigiosa y en la segunda se disocia legitimación de titularidad amparando los supuestos de legitimación indirecta que básicamente son los de legitimación representativa y por sustitución. En la representativa se gestionan en el proceso intereses ajenos y en la legitimación por sustitución se actúa en virtud de un derecho que no es propio pero en propio beneficio.

Con tales precedentes podemos buscar la interpretación racional del interés legitimador de Notarios y Registradores que el artículo 328 párrafo 4.º contempla en su inciso segundo.

1. *La imposibilidad de que el párrafo 4.º del artículo 328 LH se refiera a un supuesto de legitimación directa*

En primer lugar debe subrayarse que no es posible efectuar una visión simplista del tema y pretender que la referencia al «derecho o interés del que sean titulares» contemple los supuestos de legitimación directa del artículo 10, en su apartado inicial, identificados con la «titularidad de la relación jurídica u objeto litigioso». Esto no puede ser así por dos razones elementales:

- a) Una primera porque la norma resultaría en tal caso absolutamente ociosa, por reiterativa del contenido del apartado inicial del artículo 10 LEC: es evidente que todo titular de la relación jurídica litigiosa, aunque sea Notario o Registrador, está legitimado activamente para intervenir en su proceso en que se cuestione dicho objeto. No haría falta ninguna norma que lo dijera.
- b) Pero sobre todo porque si así fuera sería, además, un precepto de aplicación imposible por contradictorio con los artículos 102 del RH y artículos 22 de la Ley del Notariado y 139 del Reglamento Notarial, pues conduciría a una *reductio ad absurdum*, inviable como máxima interpretativa, pues no es lícito entender las leyes de modo que conduzcan a la más absoluta contradicción, como acaecería si diéramos a la norma una interpretación de la que derivara su axiomática imposibilidad de ser aplicada.

Es en este sentido verdaderamente revelador el primero de tales preceptos en cuanto establece que los Registradores no podrán calificar documentos de cualquier clase cuando «tengan algún interés en los mismos». La universalidad de la prohibición chocaría con la norma eventualmente legitimadora del artículo 328, párrafo 4.º: nunca podría recurrir un Registrador una Resolución de la DGRN que «afecte a un derecho o interés del que sea titular», pues evidentemente en tal caso, previamente, debiera haberse abstenido de calificar tal documento por tener «algún interés en el mismo» (art. 102 RH). Y lo mismo predicaremos del Notario.

2. *El párrafo 4.º del artículo 328 se refiere, necesariamente, a un supuesto de legitimación indirecta: la finalidad de la norma*

Conocido lo anterior diremos que el párrafo analizado sólo puede tener por finalidad dar cumplimiento a la exigencia del supuesto de legitimación indirecta determinante de la legitimación de Notarios y Registradores para recurrir las decisiones de la DGRN. Por otro lado daría asimismo cobertura a la excepción del artículo 20 de la Ley 13/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa si alguien pensara —que parece difícil— que Notarios y Registradores están sometidos a una relación de dependencia jerárquica en el momento de autorizar la escritura o de realizar una calificación. Jerarquía frontalmente contradicha por el artículo 22 de la LH respecto del Notario y, aún con más claridad, por el artículo 273 de la LH para el Registrador al impedirle consultar a la DGRN cualquier materia relacionada con la calificación que necesariamente ha de actuar de forma absolutamente personal y autónoma con la consiguiente secuela de responsabilidad que participa de las mismas características y que, en ningún caso, puede irradiar sobre el pretendido «superior» jerárquico.

En este sentido, ha de recordarse que el apartado 2.º del artículo 10 exige, para los casos de representación indirecta, la existencia de una ley que exprese lo autorice: tal es el caso de la norma analizada y su única finalidad racionalmente imaginable sin la cual carecería de sentido alguno. Sirve además para concretar que no tiene tal legitimación indirecta cualquier Notario o Registrador sino sólo los directamente afectados por el caso: el Notario, el Notario sustituido y su sucesor en el protocolo, así como el Registrador.

3. *El artículo 325 de la LH y la legitimación indirecta universal del Notario*

A los efectos de delimitar el alcance de tal legitimación indirecta existe una norma básica constituida por la remisión que del artículo 328, párrafo 3.º

contiene el artículo 325.b) LH. En su virtud estará legitimado (indirectamente), y «en todo caso» tal y como predica la norma, el Notario para recurrir las Resoluciones de la DGRN porque expresamente lo dice, sin restricción alguna, el referido párrafo 3.º en virtud de la remisión a la legitimación en vía administrativa. Es obvio que si no se hubiera querido articular tal legitimación indirecta universal el legislador habría suprimido, al menos, la referencia remisiva al Notario del artículo 325.b). Referencia que, no lo olvidemos, incluye también al notario sustituido y que a mi juicio tiene pleno sentido como a continuación expreso.

Así las cosas, de la lectura sistemática del artículo 328, párrafo cuarto en relación con su párrafo tercero y 325.b) deriva que el señor Notario tiene en todo caso legitimación para recurrir contra las Resoluciones de la DGRN porque expresamente así lo considera el legislador: y el fundamento de que ello sea de esta manera no es difícil de intuir. No se justifica, a mi juicio, en la eventual y futura responsabilidad derivada de una deficiente autorización del documento público (que a lo sumo justificaría una intervención adhesiva simple) como lo evidencia que también esté legitimado el Notario sustituido, que nunca sería responsable de nada, sino que el fundamento radica, con miras algo más elevadas, en la función de defensor de la legalidad que tiene encomendada y que modula y cualifica su misión como funcionario público a quien las partes contratantes encomiendan que documente conforme a derecho sus pretensiones.

A estos efectos diremos que la legitimación notarial es una legitimación indirecta representativa: el legislador le autoriza expresamente para que recurra cuando los intereses que defiende con su actuación notarial no fueron atendidos en vía administrativa —de ahí la posibilidad de recurrir contra la calificación negativa del art. 325.b)— lo cual tiene una clara continuidad, y necesariamente el mismo fundamento, en vía jurisdiccional. De ahí la posibilidad de recurrir en tal vía judicial contra las Resoluciones de la DGRN.

#### 4. *Las consecuencias del tratamiento unificado de Notarios y Registradores: la legitimación indirecta representativa del Registrador*

Como queda dicho la nueva norma (párrafo 4.º del art. 328 LH) identifica a Notarios y Registradores a efectos de legitimación: uno y otro son destinatarios de esa legitimación indirecta que el legislador les atribuye en defensa de sus respectivas misiones. Lo que hemos predicado para unos necesariamente ha de predicarse para otros.

De esta manera, tal legitimación universal fluye con absoluta claridad en el caso del Notario en función de la técnica legislativa utilizada: la continuidad de la legitimación administrativa que alcanza la del trámite jurisdic-

cional. Paralelamente hemos de recordar que tal continuidad no podía articularse a la hora de establecer la eventual legitimación indirecta del Registrador quien no podía estarlo para recurrir administrativamente contra su propia calificación.

Así las cosas diremos que la igualdad, a estos efectos, de Notario y Registrador lleva a que exista la misma identidad de razón para considerar que el Registrador del caso, aún no contemplado por razones obvias en el artículo 325 LH, está también generalizadamente legitimado para recurrir contra las Resoluciones de la DGRN en función de una legitimación representativa indirecta que tiene el mismo fundamento que la del señor Notario, incluso más cualificadamente y cuyo apoyo normativo (exigido por el art. 10, apartado 2 de la LEC) se encuentra en el propio artículo 328, párrafo 4.º En este sentido diremos que si bien el Notario básicamente articula el interés de las partes que solicitan sus servicios, lo que determina que su legitimación representativa lo sea en defensa de intereses privados ajenos, en el caso del Registrador su actuación se aproxima a la representación indirecta a favor de intereses generales (muy próxima a la del Ministerio Fiscal). Intereses de los que con claridad habla el conocido Preámbulo del Real Decreto 1039/2003:

«el carácter general de esos intereses así como el frecuente anonimato de sus titulares llevó a nuestro legislador a atribuir esa tarea (tutela) a un cuerpo específico de funcionarios dotados de especial responsabilidad».

Desde esta perspectiva parece también evidente que la fundamentación de tal legitimación representativa cobra mucha mayor fuerza en el caso del Registrador, dado el frecuente anonimato de los intereses que funcionalmente protege, que no el de los Notarios, pues respecto de éstos no hay duda de que existe la posibilidad alternativa de que sean los propios interesados —perfectamente identificados— quienes defiendan su interés en función de esa legitimación directa que sin duda poseen.

Al respecto es de gran interés la cita de la STC 207/1999, donde se precisa la función de Notarios y Registradores como garantes de la legalidad que justificaría el interés legitimador en defensa de ella.

Para concluir, añadiré que, aunque la literalidad de la norma pudiese hacer pensar que sólo se encontraría legitimado el Registrador que firmó la nota, si por razón de traslado es otro el que informa el recurso y eleva el expediente a la DGRN, no obstante autorizada doctrina se inclina por entender la legitimación también al segundo, si se parte de que aquella tiene su esencia en la defensa de intereses de terceros y de la legalidad registral.

RESUMEN

CALIFICACIÓN REGISTRAL  
RECURSOS

1.<sup>a</sup> La modificación sustancial en la materia se inició con la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que estableció el control judicial final de la calificación registral por residenciarse en los Tribunales de Justicia la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos.

Culmina con la Ley 24/2005, de 18 de noviembre: Al introducirse la impugnación judicial directa de las calificaciones negativas del Registrador no sólo se acentúa la tutela judicial efectiva para el ciudadano, sino que se acentúa la naturaleza no puramente administrativa que para el legislador tiene la actividad del Registrador.

2.<sup>a</sup> El artículo 328 de la Ley Hipotecaria prevé dos juicios verbales: El Directo contra la calificación negativa del Registrador, y el de Revisión de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado.

3.<sup>a</sup> A través del Juicio Verbal Directo cabe revisar todo tipo de calificaciones negativas, no siendo posible hacerlo con las positivas.

4.<sup>a</sup> A través del Juicio Verbal de revisión de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado se impugna judicialmente, bien la resolución expresa que dicte el Centro Directivo, bien la resolución presunta de dicha Administración.

5.<sup>a</sup> No cabe dictar Resolución expresa por la DGRN, contraria a la Resolución presunta, fuera del plazo previsto, una vez transcurrido el establecido para la impugnación judicial de la desestimación presunta.

6.<sup>a</sup> Debe admitirse la impugnabilidad de las Resoluciones de la DGRN en

ABSTRACT

REGISTRAR'S SCRUTINY  
APPEALS

1. The substantial modification in the matter at hand began with Act 24/2001 of 27 December on Tax, Administrative and Labour Measures, which established the judicial authorities' ultimate power to check registrars' scrutinies, whereas the responsibility for providing real judicial protection for citizens' rights resides with the courts.

It culminates with Act 24/2005 of 18 November: With the introduction of direct judicial challenges of registrars' decisions to refuse registration, not only is real judicial protection for the citizen accentuated; the not-purely-administrative nature of registrars' activity in the eyes of legislators is also accentuated.

2. Section 328 of the Mortgage Act calls for two hearings: a direct hearing against a registrar's decision to refuse registration and a hearing reviewing decisions by the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs.

3. The direct hearing is for reviewing all kinds of decisions against registration on the basis of improper form. Decisions in favour of registration cannot be reviewed here.

4. The hearing reviewing decisions by the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs is for mounting a judicial challenge of either an express decision handed down by the Executive Centre or a presumed decision by said administration.

5. The DGRNA cannot hand down an express decision contrary to the presumed decision after the pertinent deadline, once the deadline for judicial challenge of the presumed overruling has passed.

6. It must be admitted that DGRNA decisions cannot be challenged when they concern a registrar's decision to suspend registration due to remediable defects that are corrected, in order for the judicial super-

*caso de Resoluciones sobre calificación suspensiva por defectos subsanables que son subsanados a fin de ser efectivo el control judicial de la actividad de dicho Centro Directivo.*

*No debería ser posible recurrir gubernativamente cuando el interesado desiste de la inscripción.*

*7.ª La exigencia de fianza al Registrador para recurrir las Resoluciones de la DGRN debe ser absolutamente excepcional, dado el carácter facultativo de la misma.*

*8.ª En materia de competencia territorial, la norma es imperativa y, por tanto, no disponible por las partes a través del mecanismo de la sumisión tácita.*

*9.ª El párrafo 4.º del artículo 328 de la LH sólo puede tener por finalidad dar cumplimiento a la exigencia del supuesto de legitimación indirecta determinante de la legitimación de Notarios y Registradores directamente afectados para recurrir las decisiones de la DGRN.*

*vision of said Executive Centre over the activity to be effective.*

*Government appeal should not be possible when the person concerned abandons the attempt at registration.*

*7. It must be an absolute exception for the registrar to be required to furnish a deposit in order to appeal DGRNA decisions, because such deposits are optional.*

*8. In matters of territorial competence, the rule is imperative, and therefore competence is not available to the parties through the mechanism of tacit submission.*

*9. The sole purpose of section 328.4 of the Spanish Mortgage Act is to satisfy the requirement of the event of indirect legitimation determining the legitimation of notaries and registrars who are directly affected, in order to appeal DGRNA decisions.*

*(Trabajo recibido el 07-07-08 y aceptado para su publicación el 29-05-09)*



# Registro de la Propiedad y Ministerio Fiscal

por

JOSÉ ANTONIO MARTÍN-CARO SÁNCHEZ  
*Fiscal Jefe de Córdoba*

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

IDEA GENERAL DEL MINISTERIO FISCAL.

MINISTERIO FISCAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD:

A) EN RELACIÓN CON LA INSCRIPCIÓN DE BIENES.

B) EN RELACIÓN CON LA HIPOTECA LEGAL, EN GENERAL:

1. *Hipoteca dotal.*
2. *Hipoteca por bienes reservables.*
3. *Hipoteca por los bienes de los que están bajo la patria potestad.*
4. *Hipoteca por razón de tutela.*

C) EN RELACIÓN CON LA CONCORDANCIA ENTRE EL REGISTRO Y LA REALIDAD JURÍDICA:

1. *Expedientes de dominio.*
2. *Actas de notoriedad.*
3. *Expedientes de liberación de cargas y gravámenes.*

D) EN RELACIÓN CON LOS RECURSOS CONTRA LA CALIFICACIÓN.

OTRAS MENCIONES AL MINISTERIO FISCAL EN EL DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL:

- A) EN LAS NORMAS SOBRE INSCRIPCIÓN DE ACTOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA.
- B) EN LA LEGISLACIÓN NOTARIAL.
- C) NORMAS SOBRE INCOMPATIBILIDAD DE FUNCIONES.

## INTRODUCCIÓN

El enunciado del tema a tratar vino a nuestra mente, sobre todo, ante las Resoluciones de la Dirección General de Registros en las que, cuando resuelve en contra del criterio del Registrador, utiliza una frase que se repite una y otra vez en distintas Resoluciones. Dice así:

*«Por lo que se refiere al Registrador, éste no es una suerte de Juez territorial que pueda decidir libérrimamente lo que crea oportuno; y tampoco es un Fiscal, encargado en general de la legalidad y de la protección de los terceros; es un funcionario público que ejerce una función pública a través de actos sujetos a un procedimiento predeterminado que otorga garantías a quien presenta un título inscribible, y en el ejercicio de esa función está sujeto a jerarquía, según el sistema diseñado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, al dar nueva redacción a los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria».*

Este texto lo encontramos en numerosas Resoluciones de la DGRN, y entre ellas en las de 7 de noviembre de 2007 (BOE 19-12-2007), otra de la misma fecha (BOE 4-12-2007), 8 de noviembre de 2007 (BOE 4-12-2007), otra de la misma fecha (BOE 6-12-2007), 14 de noviembre de 2007 (BOE 6-12-2007), otra de la misma fecha (19-12-2007), 15 de noviembre de 2007 (BOE 13-12-2007), otra de la misma fecha y en el mismo BOE, 16 de noviembre de 2007 (BOE 13-12-2007)..., aunque ya en otras posteriores que tratan el mismo tema y con un contenido casi idéntico, se hacen más breves suprimiendo varios párrafos, y entre ellos el que estamos mencionando.

Todas estas Resoluciones, además de las cuestiones que cada una de ellas suscita individualmente (relativas a la falta de idoneidad del fax o telefax como medio de notificación de la calificación negativa, y a la consideración que merece la calificación del Registrador sustituto —que confirma la calificación del Registrador sustituido—, al que también considera acreedor de la apertura de un expediente disciplinario), tienen en común la cuestión de fondo.

Los distintos Notarios que intervinieron en las escrituras públicas que se presentaron al Registro (todas ellas relacionadas con la inscripción, ampliación o modificación de préstamo con garantía hipotecaria y cancelación de hipoteca), hacen constar, de una u otra forma, que a su juicio el otorgante tiene poder suficiente para la escritura de que se trata.

El Registrador (siempre el mismo), al hacer la calificación registral, suspende la inscripción solicitada porque entiende que existen dos defectos:

1.º *El Notario autorizante no especifica cuáles son esas facultades representativas que considera suficientes, por lo que: «Este tipo de redacción,*

*impide que el Registrador de la Propiedad califique la suficiencia del poder alegado en los términos previstos en la legislación hipotecaria», y*

2.º *«El Notario autorizante no justifica en absoluto la congruencia del poder alegado y exhibido con el contenido del negocio jurídico que se formaliza en la escritura calificada».*

La Dirección General de Registros y del Notariado se apoya en reiteradísima doctrina del propio Centro Directivo sobre la aplicación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, en su redacción original, y después en el propio texto de éste, tras su modificación por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, que dice: *«El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación».*

Las Resoluciones citadas expresan que *«la valoración de la suficiencia de las facultades de representación acreditadas por quienes intervienen en nombre ajeno competen únicamente al Notario y no al Registrador»* y que *«los efectos del juicio notarial de suficiencia tienen su fundamento en las presunciones de veracidad, integridad, y de legalidad de que goza el documento público notarial»*, con cita de los preceptos en que se apoya para ello, que no reproducimos para evitar alargarnos en esta exposición.

Dicen, asimismo, que *«el Notario interviene para salvaguardar no sólo el interés de los contratantes, sino también de los terceros».* Hace una enumeración —con cita de diversos preceptos que tampoco vamos a reproducir por las mismas razones— de la que sólo vamos a señalar algunos de los ejemplos: *«notificación inexcusable al arrendatario, verificación de la licencia administrativa previa a una segregación o parcelación, consideración de la posible inclusión de la finca dentro de las áreas de retracto a favor del Ayuntamiento, y tantos otros aspectos que el Notario debe verificar en materia inmobiliaria como el certificado del arquitecto o facultativo, o la póliza del seguro decenal en términos legalmente satisfactorios para la cobertura del valor de las viviendas, a la hora de autorizar una declaración de obra nueva o un acta de finalización de obra, incluso en una venta inmobiliaria ulterior, formulando la advertencia correspondiente, si faltara eventualmente la regularización de alguno de estos extremos, sin olvidar la importancia del mercado de viviendas de protección oficial, con precios tasados, limitaciones concernientes a su aprovechamiento o la eventual posibilidad de su descalificación, que el Notario debe controlar, etc.».*

*«Esa labor que el Notario debe desplegar al autorizar una escritura pública, con la consiguiente tutela de los diversos intereses concurrentes, la realiza con imparcialidad (cfr. art. 147 del Reglamento Notarial), y le es*

*encomendada por el legislador con independencia de que preste su función en régimen de libre concurrencia y de libertad de elección por el particular... Lo elija quien lo elija, el Notario desempeña su función de control de legalidad bajo su responsabilidad —como expresa literalmente el art. 98 de la Ley 24/2001—, que podrá ser exigida por quien se considere perjudicado».*

Terminamos la cita de estas Resoluciones mencionando que utilizan duras palabras contra el Registrador, porque hablan de «*la actitud injustificada y deliberadamente rebelde...*», y en todos los casos se estima el recurso interpuesto y se revoca la calificación del Registrador.

No es nuestra intención profundizar en las no siempre fluidas relaciones entre Notarios y Registradores (al menos en otras provincias, por la litigiosidad que generan). Por ello no vamos a entrar en las recientes impugnaciones del Reglamento Notarial desde el mundo registral.

Tampoco es nuestra intención examinar los casos en los que se ha discutido ante los Tribunales de cualquier orden jurisdiccional si se ha cumplido bien el que «*el Notario interviene para salvaguardar no sólo el interés de los contratantes, sino también de los terceros*», según la frase que hemos resalado antes.

Y si, como decimos, no es nuestra intención examinarlo en ningún orden jurisdiccional, menos aún entrar en los casos concretos en que se ha producido una declaración por parte de los Tribunales penales de responsabilidad de algún Notario en concreto, como ocurrió en la STS, Sala 2.<sup>a</sup>, número 598/2007, de 18 de mayo, que deja sin efecto la responsabilidad civil subsidiaria del Notario que había sido apreciada por la Audiencia Provincial, en un caso en que se utilizaron escrituras públicas autorizadas por el citado Notario para cometer un delito de estafa, porque considera el TS que el Notario había actuado dentro de las normas que regulan su actuación.

O el supuesto que examinó el ATS, Sala 2.<sup>a</sup>, número 1691/2007, de 15 de octubre, relativo a un caso en que una empleada de la Notaría es condenada por un delito de apropiación indebida, por actuaciones realizadas en el ámbito de su trabajo, y en el que aparece que la responsabilidad civil es asumida por una compañía de seguros, al hacerse cargo del siniestro, como consecuencia de la póliza de responsabilidad civil que tenía suscrita el Notario, si bien éste se vio obligado a abonar el 20 por 100 del perjuicio total, al contar la póliza con un sistema de franquicia.

En todo caso, terminando este apartado, queremos expresar la idea de que es muy positivo que ambos profesionales intervengan en una misma cuestión desde diferentes puntos de vista, porque ello refuerza el sistema de garantías. En cierta medida es comparable a lo que sucede cuando en una misma cuestión intervienen abogados, fiscales y jueces, cada uno desde su propia función.

## IDEA GENERAL DEL MINISTERIO FISCAL

En frase que consideramos muy afortunada y que hemos oído en varias ocasiones a Manuel MARCHENA GÓMEZ (en su momento destacado miembro de la Carrera Fiscal y actualmente Magistrado del Tribunal Supremo), llevamos tiempo viviendo una etapa de aplicación del lema de *Ponga un fiscal en su vida*.

El Ministerio Fiscal es la institución a la que se acude normativamente para atender las situaciones más diversas que afectan a menores, incapaces, ausentes, víctimas de delitos, consumidores, a la sociedad en su conjunto...

Eso lleva al Ministerio Fiscal a intervenir:

- En la casi totalidad de los *procesos penales* que se tramitan ante los Tribunales españoles por delitos (sin más excepción que los delitos de calumnia o injuria entre particulares) y en un porcentaje muy elevado de los procesos por faltas.
- En todos los *procesos civiles* sobre incapacitación, en los que se discuten cuestiones relativas a la nulidad matrimonial, determinación o impugnación de la filiación, en todos los procesos en que alguno de los interesados sea menor, incapaz o estén en situación de ausencia legal... A ello hay que añadir que también se le ha otorgado en los últimos años la legitimación para actuar en defensa de los *intereses difusos* (entre otras disposiciones, art. 11.4 LEC, texto añadido por Ley 39/2002, de 28 de octubre; en Córdoba se hizo uso, por primera vez en toda España, de esta posibilidad y el Ministerio Fiscal presentó demanda en defensa de los intereses de los consumidores andaluces contra Gas Natural Andalucía, S. A., en la que se obtuvo sentencia favorable a las pretensiones del Fiscal tanto en primera como en segunda instancia y que actualmente está en los trámites de su ejecución).
- En procesos *contencioso-administrativos* o del *orden social* en que hay afectados intereses públicos no disponibles por las partes, como la posible vulneración de derechos fundamentales.
- En el *orden constitucional*, mediante la intervención de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, o mediante los informes que preceptivamente deben hacer en el resto de las Fiscalías antes de que se plantee cuestión de inconstitucionalidad por cualquier Tribunal.
- En el ámbito de la *jurisdicción contable*, mediante la actuación de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, que se encarga ante el mismo de exigir la responsabilidad contable, de forma independiente pero coordinada con los procesos penales en los que se exigen responsabilidades penales a las personas que, con su comportamiento, han producido un daño a las arcas públicas por las que debían velar o que debían

administrar (también en Córdoba hay alguna experiencia actual y reciente sobre ello).

- En todos los expedientes gubernativos de *Registro Civil*, y en todos los procesos que afecten al mismo (se cita el reciente revuelo mediático sobre los expedientes relativos a nacionalidad de los saharauis en Córdoba).
- En los expedientes de *expropiación forzosa*, cuando no comparecen los propietarios o titulares, o estuvieren incapacitados y sin tutor o persona que les represente, o fuere la propiedad litigiosa (art. 5 de la LEF).
- Etc., etc.

Así podríamos seguir haciendo una larga enumeración más detallada, con el convencimiento de que siempre se nos olvidaría alguna de las funciones que actualmente tiene atribuidas el Ministerio Fiscal.

Ello motiva que, con lo escaso del *número de integrantes* de la Carrera Fiscal (es aproximadamente un tercio de la plantilla de la Carrera Judicial, la referencia más directa), existan serios problemas para atender todos los puntos a que debe acudir el fiscal simultáneamente: comparecencias para decidir sobre la prisión de una persona en cualquier Juzgado de la provincia, guardias y juicios rápidos en todos los partidos judiciales, juicios de faltas en todos los Juzgados de la provincia, juicios por delito ante los Juzgados de lo Penal y ante la Audiencia Provincial, a lo que hay que añadir que, cada vez que un Juez quiere oír en declaración a un menor debe estar presente el Ministerio Fiscal (art. 433 LECr, redacción por LO 8/2006, de 4 de diciembre), o la cada vez mayor actuación del Ministerio Fiscal en asuntos que aún no han llegado a los Tribunales (por ejemplo, las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal) o que tienen unas características propias que no tienen necesariamente que llegar a los Tribunales (por ejemplo, las funciones asignadas al Ministerio Fiscal de control de la actuación de las autoridades administrativas en materia de protección de menores —art. 172 CC—), etc.

Esta presión se ve algo aligerada por *medios técnicos* modernos como la videoconferencia o el fax, en los casos en que podemos hacer uso de ellos (en la doble vertiente de *disponer de ellos* —de momento son muy pocas las sedes judiciales que tienen videoconferencia en la provincia de Córdoba, aunque nos consta que existe la intención de extenderla a todas ellas— y de que se trate de una *actuación que permita* hacer uso de ellos). A pesar de todo, a veces tenemos la sensación de que se espera del Ministerio Fiscal el *don de la ubicuidad*, estar en todos los sitios al mismo tiempo, lo que, como todo el mundo sabe, sólo está disponible para las personas divinas.

Por otra parte, la sociedad está demandando (y los Fiscales atendiendo a estas demandas en la medida de lo posible) cada vez más el que haya

*Fiscales con cometidos específicos en determinadas materias.* Así, a los ya tradicionales Fiscales de Menores se han añadido los Fiscales de Incapaces, de Violencia sobre la Mujer, de Recursos Naturales y Medio Ambiente, de Patrimonio Histórico, de Urbanismo, de Seguridad Vial, de Extranjería, de Siniestralidad Laboral, de Vigilancia Penitenciaria, de Consumo..., que, por cierto, hacen una magnífica labor no siempre reconocida. Dado el reducido número de Fiscales disponibles, la mayoría de estos cometidos específicos se están asumiendo por los Fiscales de Córdoba, y de casi toda España, compatibilizándolos con otras funciones, como el tener asignado, además, uno o dos Juzgados de Instrucción, entrar en turnos de guardias, en turnos de celebración de juicios, etc.

Sin perjuicio de otras citas concretas que existen en la misma línea en toda nuestra legislación, dejamos señalados a los efectos de atribución de funciones los artículos 1, 3, 4 y 5 del *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (*Ley 50/1981 de 30 diciembre*).

Nos resta agradecer al legislador que, en su momento, haya liberado al *Ministerio Fiscal* de la función de representar y defender los *intereses «del Fisco»*, al crear los Abogados del Estado y asignar tal función a los mismos, aunque aún queden algunas reminiscencias —como tendremos ocasión de ver más adelante— y aunque se perdiese la esencia de donde procede el nombre de «Ministerio Fiscal», que es peculiar del Derecho español y de algún otro país hispanohablante que utiliza nuestra terminología.

También hemos de agradecer que se haya suprimido la antigua referencia que se hacía al Ministerio Fiscal en el Reglamento Hipotecario, en la regulación del «*Diario y asientos de presentación*»:

*Artículo 418 RH (Texto redactado por Decreto 393/1959, de 17 de marzo, vigente desde el 14 de abril de 1959 hasta el 17 de diciembre de 1982):*

*«Los Registradores no estarán obligados a extender el asiento de presentación de los títulos que reciban por correo. Sin embargo, podrán presentarlos y despacharlos, o devolverlos o conservarlos en su archivo a disposición de quien tenga derecho a ellos.*

*Cuando la inscripción sea solicitada por autoridades que no residan en el lugar del Registro, se remitirán los títulos a cualquiera de sus subalternos que tengan allí su residencia y, en su defecto, al representante del Ministerio Fiscal o Alcaldía, a fin de que realicen la presentación del documento».*

De la misma forma, también agradecemos al legislador que no siempre se haya dejado llevar por las *propuestas* de creación de otros «Fiscales especiales», como nos consta que sucedió en la última reforma legislativa sobre dopaje en el deporte, en la que se planteaba la creación de un «Fiscal antidopaje» a imitación del modelo italiano, aunque nuestras legislaciones sobre esta materia no son idénticas.

## MINISTERIO FISCAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Es desde esa perspectiva de gran acumulación de funciones en el Ministerio Fiscal desde la que abordamos este apartado, con la convicción del autor de este modesto trabajo de que descubrirá alguna en la que no había reparado.

Así pues, y centrandó nuestra atención, ya, en el tema que es objeto de esta exposición, nos hacemos la pregunta: ¿Qué se espera del Ministerio Fiscal en torno al Registro de la Propiedad?

Para aproximarnos a esta cuestión, vamos a atender a las *menciones o citas a las funciones del Ministerio Fiscal* que se hacen en:

- El *Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la redacción oficial de la Ley Hipotecaria.*
- En el *Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.*

### A) EN RELACIÓN CON LA INSCRIPCIÓN DE BIENES

No hay ninguna mención expresa al Ministerio Fiscal en la regulación de la Ley Hipotecaria sobre esta materia. En cambio, en el Reglamento Hipotecario, al regular la «Inscripción de bienes de ausentes, de los cónyuges y de la sociedad conyugal»:

*Artículo 89 RH* (Precepto redactado por Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre):

*«Los documentos inscribibles relativos a actos y contratos en que estén interesadas personas que hubiesen desaparecido de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin saberse su paradero y sin dejar apoderado con facultad de administración de todos sus bienes, deberán otorgarse por el representante nombrado al efecto a instancia de parte legítima o del Ministerio Fiscal, con arreglo a los artículos 181 y siguientes del Código Civil (son los artículos que regulan “la ausencia”).*

*En la inscripción de bienes que acrezcan a los coherederos o colegatarios de un ausente o que se practiquen a favor de persona con derecho a reclamar la parte de aquél, y en las de los bienes del declarado fallecido realizadas a favor de sus herederos, se hará constar que quedan sujetos a lo que disponen los artículos 191 y 192 del Código Civil o 196, párrafo segundo, del mismo cuerpo legal, según proceda».*

B) EN RELACIÓN CON LA HIPOTECA LEGAL, EN GENERAL

*Artículo 166 LH:*

«En los casos en que el Juez o el Tribunal deba proceder de oficio para exigir la constitución de una hipoteca legal, dispondrá que el Registrador correspondiente le remita la certificación prevenida en la regla 2.ª del artículo anterior; en su vista mandará comparecer al obligado a constituir la hipoteca, y con su audiencia y la del Ministerio Fiscal seguirá después el juicio por los trámites que quedan prescritos».

Este artículo hay que ponerlo en relación con el anterior, artículo 165 LH, que dice:

«Para constituir o ampliar judicialmente y a instancia de parte cualquiera hipoteca legal se procederá con sujeción a las reglas siguientes:

1.ª) *El que tenga derecho a exigirla presentará un escrito en el Juzgado o Tribunal del domicilio del obligado a prestarla, pidiendo que se constituya la hipoteca, fijando la cantidad por que deba constituirse y señalando los bienes que puedan ser gravados con ella, o, por lo menos, el Registro donde deban constar inscritos los que posea la misma persona obligada.*

2.ª) *A este escrito acompañará precisamente el título o documentos que produzca el derecho de hipoteca legal, y si fuere posible, una certificación del Registrador en que consten todos los bienes hipotecables que posea el demandado.*

3.ª) *El Juez o el Tribunal, en su vista, mandará comparecer a su presencia a todos los interesados en la constitución de la hipoteca, a fin de que se avengan, si fuere posible, en cuanto al modo de verificarla.*

4.ª) *Si se avinieren, mandará el Juez o el Tribunal constituir la hipoteca en los términos que se hayan convenido.*

5.ª) *Si no se avinieren, ya sea en cuanto a la obligación de hipotecar o ya en cuanto a la cantidad que deba asegurarse o a la suficiencia de la hipoteca ofrecida, se hará traslado del escrito de demanda al demandado y seguirá el juicio los trámites establecidos para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil».*

Hay que recordar que: «Sólo serán hipotecas legales las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter» (art. 158 LH), y que «Tendrán derecho a exigir hipoteca legal (art. 168 LH):

1.º) *Las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos:*

a) *Por las dotes que les hayan sido entregadas solemnemente bajo fe de Notario.*

- b) *Por los parafernales que con la solemnidad anteriormente dicha hayan entregado a sus maridos.*
- c) *Por las donaciones que los mismos maridos les hayan prometido dentro de los límites de la ley.*
- d) *Por cualesquiera otros bienes que las mujeres hayan aportado al matrimonio y entregado a sus maridos con la misma solemnidad.*

2.º) *Los reservatarios sobre los bienes de los reservistas en los casos señalados por los artículos 811 (ascendiente que ha heredado de su descendiente bienes que éste haya adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano), 968 (viudo o viuda que ha adquirido bienes de su difunto consorte por título lucrativo —no su mitad de gananciales—, y contrae segundo matrimonio existiendo hijos y descendientes del matrimonio anterior), y 980 (ampliación de la reserva a los casos en que el viudo haya tenido un hijo no matrimonial, antes o después de enviudar, o adopte a otra persona que no sea el hijo del consorte fallecido) del Código Civil y en cualesquiera otros comprendidos en leyes o fueros especiales.*

3.º) *Los hijos sometidos a la patria potestad, por los bienes de su propiedad usufructuados o administrados por el padre o madre que hubieran contraído segundo matrimonio, y sobre los bienes de los mismos padres.*

4.º) *Los menores o incapacitados, sobre los bienes de sus tutores, por los que éstos administren y por la responsabilidad en que incurrieren, a no ser que presten, en lugar de la fianza hipotecaria, otra garantía establecida y autorizada por el Código Civil.*

5.º) *El Estado, las provincias y los pueblos, sobre los bienes de los que contraten con ellos o administren sus intereses, por las responsabilidades que contrajeran éstos, de conformidad con lo establecido en las leyes y reglamentos.*

6.º) *El Estado, sobre los bienes de los contribuyentes en los casos establecidos en esta Ley, además de la preferencia que a su favor se reconoce en el artículo 194, y*

7.º) *Los aseguradores, sobre los bienes de los asegurados, también en los casos establecidos en esta ley, además de la preferencia que a su favor reconoce el artículo 196».*

Recordemos que «*Para que las hipotecas legales queden válidamente establecidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyen*» (art. 159 LH), que «*La hipoteca legal, una vez constituida e inscrita, surte los mismos efectos que la voluntaria, sin más especialidades que las expresamente determinadas en esta ley, cualquiera que sea la persona que deba ejercitar los derechos que la misma hipoteca confiera*» (art. 161 LH),

y que «Las hipotecas legales inscritas subsistirán hasta que se extingan los derechos para cuya seguridad se hubiere constituido, y se cancelarán en los mismos términos que las voluntarias» (art. 164 LH).

### 1. Hipoteca dotal

La Ley Hipotecaria va desarrollando las normas específicas para las distintas hipotecas legales. Respecto de la *hipoteca dotal*, al tratarse de una institución de escaso uso (por no decir en desuso), únicamente vamos a resaltar que el artículo 178 LH dice que la constitución de esta hipoteca «sólo podrá exigirse por la misma mujer, si estuviese casada y fuere mayor de edad. Si no hubiere contraído aún matrimonio, o habiéndolo contraído fuere menor, deberán ejercitar aquel derecho en su nombre y calificar la suficiencia de la hipoteca que se constituya, el padre, la madre o el que diere la dote o los bienes que se deban asegurar».

El artículo 179 LH, dice:

*«A falta de las personas mencionadas en el artículo anterior, y siendo menor la mujer, esté o no casada, deberán pedir que se hagan efectivos los mismos derechos el tutor, el protutor, el Consejo de familia o cualquiera de sus vocales (evidentemente estas denominaciones hay que entenderlas referidas al contenido actual de los arts. 215 y siguientes del CC), y si no lo pidieren, el Fiscal solicitará, de oficio o a instancia de cualquier persona, que se compela al marido a la constitución de la hipoteca.»*

*Los Jueces municipales y los comarcales tendrán también obligación de ejercitar el celo al Ministerio Fiscal, a fin de que cumpla lo preceptuado en el párrafo anterior».*

Por su parte, el artículo 257 del Reglamento Hipotecario atribuye una misión específica al Ministerio Fiscal, al decir que:

*«Siempre que el Ministerio Fiscal tuviere noticia de haberse entregado dote al marido de alguna mujer huérfana y menor de edad, sin la hipoteca correspondiente y de existir bienes con que constituirla, acudirá al Juez o Tribunal para que compela al marido a la constitución de la hipoteca legal, procediendo para ello en la forma prevenida en el artículo 166 de la ley».*

### 2. Hipoteca por bienes reservables

Respecto de los *reservatarios*, recordemos que se regula expresamente la *hipoteca por bienes reservables* (art. 184 y siguientes de la Ley Hipotecaria). De ellos, consideramos de especial interés para este trabajo los siguientes:

Artículo 185 LH:

*«Cuando los reservatarios sean ciertos y mayores de edad, sólo ellos podrán exigir el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo anterior; si fueren menores o incapacitados, lo exigirán en su nombre las personas que deban representarlos legalmente. En uno y otro caso, la escritura pública otorgada entre el reservista y los reservatarios o sus representantes legales será título bastante para la inscripción o para hacer constar la calidad de reservables en el asiento correspondiente, según procediere».*

Tal contenido debe ponerse en relación con el artículo 187 LH, que dice:

*«Si transcurrieren 180 días desde que nazca la obligación de reservar sin haberse dado cumplimiento por el reservista a lo establecido en los artículos anteriores, los derechos reconocidos por éstos a favor de los reservatarios podrán ser exigidos por sus parientes cualquiera que sea su grado, el abacera del cónyuge premuerto y, en su defecto, el Ministerio Fiscal. Si concurrieren con la misma pretensión dos o más de dichas personas, se dará preferencia a quien primero lo hubiere reclamado. La hipoteca en este caso se constituirá conforme al artículo 165 de esta ley (reglas generales para constituir o ampliar judicialmente a instancia de parte)».*

Y el artículo 188 LH dice que: *«El Juez o Tribunal que intervenga en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores cuidará, bajo su responsabilidad, de que se hagan los asientos correspondientes en el Registro».*

El artículo 263 del Reglamento Hipotecario dice que: *«El acta de constitución de hipoteca para la seguridad de bienes reservables expresará las circunstancias de la hipoteca voluntaria y, además, las siguientes:*

*1.ª) El título o razón legal en que se funda el derecho a la reserva y la extensión del mismo, y nombre y apellidos de las personas relacionadas con ella.*

*2.ª) La fecha en que el padre o la madre que la constituya haya contraído nuevo matrimonio, o la del nacimiento del hijo no matrimonial, o la de la adopción, a los que se refiere el artículo 980 del Código Civil, y, en su caso, la de la aceptación de los bienes hecha por el ascendiente.*

*3.ª) Los nombres y apellidos de las que hubieren pedido la reserva o, en su caso, que ésta ha sido exigida por el Ministerio Fiscal.*

*4.ª) Relación y valor de los bienes reservables.*

*5.ª) Expresión de haberse instruido el expediente regulado por el artículo 260 de este reglamento o por el 165 de la ley.*

6.ª) *La declaración del Juez de ser suficiente la hipoteca admitida o, en su caso, la de quedar obligado el reservista a hipotecar los primeros inmuebles o derechos reales que adquiera.*

### 3. *Hipoteca por los bienes de los que están bajo la patria potestad*

Respecto de esta hipoteca legal, nos interesa destacar que el artículo 190 LH dice:

*«Los hijos a cuyo favor reconoce el artículo 168 hipoteca legal tendrán derecho:*

1.º) *A que los bienes inmuebles de su pertenencia se inscriban a su favor, si ya no lo estuvieren.*

2.º) *A que su padre o, en su caso, la madre, si tuvieren bienes hipotecables, aseguren con hipoteca los bienes que no sean inmuebles pertenecientes a los mismos hijos. Si los bienes inmuebles del padre o madre fueren insuficientes, se constituirá, sin embargo, sobre ellos la hipoteca, sin perjuicio de ampliarla a otros que adquieran después, en caso de que así se les exija».*

Como complemento a lo anterior, el artículo 191 LH dice:

*«Podrán pedir, en nombre de los hijos, que se hagan efectivos los derechos expresados en el artículo anterior:*

1.º) *Las personas de quienes procedan los bienes.*

2.º) *Los herederos o albaceas de dichas personas.*

3.º) *Los ascendientes del menor.*

4.º) *El Ministerio Fiscal en defecto de las personas antes expresadas».*

### 4. *Hipoteca por razón de tutela*

Para estos casos, el artículo 192 LH, dice:

*«La fianza hipotecaria que deberán prestar los tutores, conforme al número 4.º del artículo 168, se regulará por lo dispuesto en los artículos 252 al 260 del Código Civil en todo lo referente a su cuantía, calificación, disminución y aumento, a las personas que puedan pedir su inscripción, a las responsabilidades que debe asegurar y a los tutores exentos de la obligación de constituirla.*

*No se podrá cancelar totalmente dicha fianza hipotecaria hasta que, aprobadas las cuentas de la tutela, el tutor haya extinguido todas las responsabilidades de su gestión, salvo el caso de que hubiere sido sustituida por*

*otra fianza hipotecaria o pignoraticia en virtud de acuerdo ejecutivo del Consejo de familia».*

Se hace preciso recordar que el texto actual de los *artículos 252 al 260* del Código Civil, entre otros, fue redactado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, por lo que debemos atender a sus respectivos antiguos contenidos y estimar hechas tales citas a los artículos que actualmente regulan las mismas materias, en la medida en que sean aplicables.

El contenido del *texto anterior* de estos artículos (versión vigente desde el 27 de julio de 1889 hasta el 14 de noviembre de 1983) era el siguiente:

El artículo 252 del Código Civil establecía que: *«El tutor, antes de que les defiera el cargo, prestará fianza para asegurar el buen resultado de su gestión».*

El artículo 253 del Código Civil establecía que la fianza debía ser hipotecaria o pignoraticia, y excepcionalmente podía ser personal.

El artículo 254 del Código Civil indicaba qué era lo que la fianza debía asegurar.

El artículo 255 del Código Civil establecía reglas sobre el recurso contra los acuerdos del consejo de familia señalando la cuantía de la fianza.

El artículo 256 del Código Civil establecía las reglas para la conservación de los bienes hasta que el tutor constituía la fianza.

El artículo 257 del Código Civil establecía que la fianza hipotecaria sería inscrita en el Registro de la Propiedad y que la pignoraticia se constituiría depositando los efectos o valores.

El artículo 258 del Código Civil indicaba quiénes debían pedir la inscripción o el depósito.

El artículo 259 del Código Civil regulaba el aumento, disminución o cancelación de la fianza.

Y, por último, el artículo 260 del Código Civil indicaba quiénes estaban exentos de la obligación de afianzar la tutela.

Esta materia está regulada *actualmente* en los *artículos 260 y siguientes* del Código Civil, en los que se establece que: *«El Juez podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma»* (art. 260), sin más excepción que la establecida en el párrafo segundo del mismo artículo, introducido por la Disposición Final 17.<sup>a</sup> de la LO 1/1996, de 15 de enero: *«No obstante, la entidad pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la ley o la desempeñe por resolución judicial no precisará prestar fianza».*

*«También podrá el Juez, en cualquier momento y con justa causa, dejar sin efecto o modificar en todo o en parte la garantía que se hubiese prestado»* (art. 261 CC). *«El tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado dentro del plazo de sesenta días, a contar de aquél en que hubiera*

*tomado posesión de su cargo» (art. 262 CC). «El inventario se formará judicialmente con intervención del Ministerio Fiscal y con citación de las personas que el Juez estime conveniente» (art. 264 CC), etc.*

C) EN RELACIÓN CON LA CONCORDANCIA ENTRE EL REGISTRO Y LA REALIDAD JURÍDICA

Para la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica, se establece la intervención del Ministerio Fiscal en los *expedientes de dominio* y, en menor medida, en las *actas de notoriedad*, y en los *expedientes de liberación de cargas y gravámenes*, como veremos a continuación.

1. *Expedientes de dominio*

De las tres opciones, ésta es la más utilizada en la práctica y, por tanto, en la que interviene el Ministerio Fiscal con más frecuencia. Pueden utilizarse los expedientes de dominio tanto para la *inmatriculación de fincas* (art. 199 LH) como para la *reanudación del tracto sucesivo interrumpido* o para hacer constar en el Registro la *mayor cabida de fincas ya inscritas* (art. 200 LH).

El artículo 201 LH indica las reglas para su tramitación:

*«El expediente de dominio se tramitará con sujeción a las siguientes reglas:*

1.ª) *Será Juez competente, cualquiera que sea el valor de la finca o fincas objeto del mismo, el de primera instancia del partido en que radiquen o en que estuviere situada su parte principal.*

2.ª) *Se iniciará el expediente por un escrito al que deberá acompañarse una certificación acreditativa del estado actual de la finca en el Catastro Topográfico Parcelario o, en su defecto, en el Avance Catastral, Registro Fiscal o Amillaramiento, y otra del Registro de la Propiedad, que expresará, según los casos:*

- a) *La falta de inscripción, en su caso, de la finca que se pretenda inmatricular.*
- b) *La descripción actual según el Registro y la última inscripción del dominio de la finca cuya extinción se trata de rectificar.*
- c) *La última inscripción de dominio y todas las demás que estuvieren vigentes, cualquiera que sea su clase, cuando se trate de reanudar el tracto sucesivo interrumpido del dominio o de los derechos reales.*

*En los supuestos a) y c) del párrafo anterior, se acompañarán asimismo los documentos acreditativos del derecho del solicitante, si los tuviere, y, en*

todo caso, cuando se estimaren oportunos para la justificación de la petición que hiciera en su escrito.

3.<sup>a</sup>) El Juzgado dará traslado de este escrito al Ministerio Fiscal, citará a aquellos que, según la certificación del Registro, tengan algún derecho real sobre la finca, a aquel de quien procedan los bienes o a sus causahabientes, si fueren conocidos, y al que tenga catastrada o amillarada la finca a su favor, y convocará a las personas ignoradas a quienes pueda perjudicar la inscripción solicitada por medio de edictos. Estos se fijarán en los tablones de anuncios, del Ayuntamiento y Juzgado Municipal a que pertenezca la finca, a fin de que, dentro de los diez días siguientes a la citación o a la publicación de los edictos, puedan comparecer ante el Juzgado para alegar lo que a su derecho convenga.

Dichos edictos se publicarán también en el Boletín Oficial de la Provincia si el valor total de la finca o fincas comprendidas en el expediente es superior a 25.000 pesetas, y si excediere de 50.000 deberán publicarse, además, en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia.

En los casos a) y b) de la regla 2.<sup>a</sup> se citará, además, a los titulares de los predios colindantes, y en los a) y c) de la misma, al poseedor de hecho de la finca, si fuere rústica, o al portero, o, en su defecto, a uno de los inquilinos, si fuere urbana.

4.<sup>a</sup>) Transcurrido el plazo fijado, podrá el actor y todos los interesados que hayan comparecido proponer, en un plazo de seis días, las pruebas que estimen pertinentes para justificar sus derechos.

5.<sup>a</sup>) Practicadas las pruebas en el plazo de diez días, a contar de la fecha de su admisión, oír el Juzgado, durante otro plazo igual, por escrito, sobre las reclamaciones y pruebas que se hayan presentado, al Ministerio Fiscal y a cuantos hubieren concurrido al expediente, y en vista de lo que alegaren y calificando dichas pruebas por la crítica racional, dictará auto, dentro del quinto día, declarando justificados o no los extremos solicitados en el escrito inicial. Este auto será apelable en ambos efectos por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de los interesados, sustanciándose la apelación por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los incidentes.

6.<sup>a</sup>) Consentido o confirmado el auto, será, en su caso, título bastante para la inscripción solicitada.

7.<sup>a</sup>) Cuando el valor total de la finca o fincas comprendidas en el expediente sea inferior a 5.000 ptas. (30,05 €), será verbal la audiencia a que se refiere la regla 5.<sup>a</sup>».

De gran importancia en esta materia es el artículo 202 LH, atendiendo a la antigüedad de la inscripción contradictoria:

«Los expedientes tramitados con arreglo al artículo anterior serán inscribibles, aunque en el Registro apareciesen inscripciones contradictorias, siempre que éstas tengan más de treinta años de antigüedad y el titular de las mismas haya sido citado en debida forma y no hubiere formulado oposición.

También serán inscribibles, aunque las inscripciones contradictorias sean de menos de treinta años de antigüedad, si el titular de las mismas o sus causahabientes hubieren sido oídos en el expediente. Si el titular del asiento contradictorio de menos de treinta años de antigüedad o sus causahabientes no comparecieron después de haber sido citados tres veces —una de ellas, al menos, personalmente—, se les tendrá por renunciantes a los derechos que pudieran asistirles en el expediente, y éste será también inscribible».

Respecto de los expedientes de dominio, el artículo 281 del Reglamento Hipotecario, dice:

«El Juzgado admitirá las pruebas que estime pertinentes de entre las ofrecidas, y cuando lo proponga el Ministerio Fiscal o lo juzgue oportuno para mejor proveer, podrá acordar la práctica de otras, aunque no figuren entre las propuestas por los interesados».

## 2. Actas de notoriedad

La Ley Hipotecaria se refiere a ellas en los artículos 199 (como medio de complementar el título público de adquisición para la inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna, cuando no se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo del transmitente o enajenante) y 200 (como medio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido o para hacer constar en el Registro la mayor cabida de fincas ya inscritas).

El artículo 203 LH establece las reglas para su tramitación:

«Las actas de notoriedad a que se refiere el artículo 200 se tramitarán con sujeción a las reglas establecidas en la legislación notarial y a lo prescrito en las siguientes:

1.<sup>a</sup>) Serán autorizadas por Notario hábil para actuar en el lugar en que radiquen las fincas.

2.<sup>a</sup>) El requerimiento al Notario se hará por persona que demuestre interés en el hecho que se trate de acreditar.

3.<sup>a</sup>) El interesado, que deberá aseverar con juramento y bajo pena de falsedad en documento público, la certeza del hecho mismo, presentará al Notario necesariamente una certificación del estado actual de la finca en el Catastro Topográfico Parcelario o, en su defecto, en el Avance Catastral,

Registro Fiscal o Amillaramiento y otra del Registro de la Propiedad del mismo contenido señalado en la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 201.

4.<sup>a</sup>) Iniciada el acta, el Notario lo notificará, personalmente o por cédula, a las personas que, según lo dicho y acreditado por el requirente, o lo que resulte de las expresadas certificaciones, tengan algún derecho sobre la finca.

La misma notificación, en su caso, se hará a las personas determinadas en el último párrafo de la regla 3.<sup>a</sup> del artículo 201 (recuérdese que en ella se establece la necesidad de dar traslado al Ministerio Fiscal).

5.<sup>a</sup>) Por medio de edictos, que se publicarán en el Boletín Oficial de la provincia, en uno de los periódicos de mayor circulación de la misma y en los tablones de anuncios del Ayuntamiento a cuyo territorio corresponda la finca, se notificará la iniciación del acta nominativamente a las personas indicadas en el párrafo anterior, si no fuese conocido su domicilio, y genéricamente a cuantos puedan ostentar algún derecho sobre la finca. Cuando el valor de la finca o fincas comprendidas en el expediente sea de cuantía inferior a 5.000 pesetas (30,05 €), podrá el Notario omitir la publicación de edictos en el Boletín Oficial y en el periódico de la provincia.

6.<sup>a</sup>) Los notificados podrán, dentro de los veinte días siguientes al de la notificación, comparecer ante el Notario exponiendo y justificando sus derechos.

7.<sup>a</sup>) Practicadas estas diligencias y las pruebas que el Notario considere convenientes para la comprobación de la notoriedad pretendida, hayan sido o no propuestas por el requirente, dará por terminada el acta, haciendo constar si, a su juicio, está suficientemente acreditado el hecho.

8.<sup>a</sup>) En caso afirmativo, el Notario remitirá copia literal y total de dicha acta al Juzgado de Primera Instancia del partido donde radique la finca. El Juez, oyendo al Ministerio Fiscal, apreciará la prueba y las diligencias practicadas, que, en caso necesario, podrá ampliar para mejor proveer, y si estuviere conforme con lo actuado, lo notificará así al Notario, al cual remitirá testimonio de su resolución para que se protocolice.

Si el Juez no estuviere conforme, su resolución será apelable en ambos efectos por el requirente, sustanciándose la apelación por los trámites que para los incidentes previene la Ley de Enjuiciamiento Civil.

9.<sup>a</sup>) Si se formulare oposición a la tramitación del acta en la forma y plazos que determinan los Reglamentos Hipotecario y Notarial, el Notario, sin incorporar el expediente al protocolo, lo remitirá al Juzgado competente, el cual, por los trámites establecidos para los incidentes, resolverá, a instancia de parte, lo que proceda.

El artículo 204 LH atiende a la antigüedad de la inscripción contradictoria (su campo es más restringido que los expedientes de dominio):

*«Las actas de notoriedad tramitadas a fines de la reanudación del tracto sucesivo sólo podrán inscribirse cuando las inscripciones contradictorias tengan más de treinta años de antigüedad, sin haber sufrido alteración, y el Notario hubiese notificado personalmente su tramitación a los titulares de las mismas o a sus causahabientes».*

Y en esta materia, el Reglamento Hipotecario dice:

Artículo 292 RH:

*«Practicadas las referidas diligencias, si el Notario estimare que, a su juicio, está suficientemente acreditado el hecho de que se trate, autorizará el acta, consignándolo así, y deducirá testimonio literal y total de ella, que remitirá de oficio al Juzgado o entregará al interesado para su presentación, archivando el original, sin incorporarlo al protocolo.*

*Si no estimare suficientemente acreditado el hecho, podrá practicar nuevas diligencias o pruebas por propia iniciativa o a petición del interesado, o dar por terminada el acta, incorporándola al protocolo bajo el número que corresponda a la fecha de la terminación».*

Artículo 293 RH:

*«El Juez, a instancia de parte, o de oficio, si se hubiere remitido el testimonio en esta forma por el Notario, deberá resolver, previa audiencia del Ministerio Fiscal, en un plazo máximo de un mes, si no se hubieren acordado nuevas pruebas. En caso contrario, se practicarán las que se hubieren acordado en un plazo máximo de diez días, desde que se dictó la oportuna providencia, contándose el plazo de un mes desde la última prueba practicada.*

*La resolución judicial recaerá en forma de auto, en el cual se mandará protocolizar el expediente y practicar la inscripción y cancelaciones que procedan, expresando el tomo, libro, folio y número de éstas.*

*La protocolización se hará por medio de acta notarial, a continuación de la cual se unirán el expediente original y el testimonio judicial del auto dictado».*

### 3. Expedientes de liberación de cargas y gravámenes

En esta materia, la Ley Hipotecaria establece:

Artículo 209 LH:

*«El procedimiento de liberación de gravámenes se aplicará para cancelar hipotecas, cargas, gravámenes y derechos reales constituidos sobre cosa*

*ajena que hayan prescrito con arreglo a la legislación civil, según la fecha que conste en el Registro».*

Artículo 210 LH:

*«Los expedientes de liberación se tramitarán con sujeción a las siguientes reglas:*

*1.ª) Será Juez competente, cualquiera que sea la cuantía del gravamen a cancelar, el de Primera Instancia del partido en que radiquen los bienes, y si la finca que se pretende liberar está situada en dos o más partidos, el de aquel en que esté la parte principal, considerándose como tal la que contenga la casa-habitación del dueño o, en su defecto, la casa-labor, y, si tampoco la hubiere, la parte de mayor cabida.*

*Si la liberación se ha de referir a un ferrocarril, canal u otra obra de análoga naturaleza que atraviese varios partidos, se considerará parte principal aquélla en que esté el punto de arranque de la obra.*

*2.ª) El titular de la finca o derecho gravado con las cargas cuya liberación se pretende comparecerá ante el Juzgado sin necesidad de Abogado ni Procurador, presentando un escrito al que acompañará una certificación del Registro que acredite su calidad de titular y en la que se insertará literalmente la mención, anotación o inscripción que se pretenda cancelar.*

*3.ª) El Juzgado citará, personalmente o por cédula, en la forma determinada por la Ley de Enjuiciamiento Civil, al titular o titulares de dichos asientos o a sus causahabientes, si su domicilio fuere conocido; de no serlo, serán citados por edictos, que se publicarán en el Boletín Oficial de la provincia, en los tablones de anuncios del Ayuntamiento, Juzgado Municipal y en el del Juzgado en que se siga el procedimiento.*

*4.ª) Los citados en cualquiera de estas formas podrán comparecer ante el Juzgado para alegar lo que a su derecho convenga en un plazo de diez días, a contar desde el de la citación personal o por cédula, o, en su caso, desde el de la publicación de los edictos.*

*5.ª) Si comparecieren y se allanaren a la pretensión deducida por el actor, el Juez dictará sentencia ordenando la cancelación correspondiente.*

*6.ª) Si se opusieren, se seguirá el juicio por los trámites marcados para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*7.ª) En el caso de no comparecer, se publicarán nuevos edictos, por un plazo de veinte días, y si transcurrido este periodo no hubieren tampoco comparecido, se dará traslado del expediente al Ministerio Fiscal, a fin de que informe en término de ocho días sobre si se han cumplido las formalidades prevenidas en esta ley. Si el Ministerio Fiscal encontrare algunos defectos, se subsanarán, y si no los hallare, así como una vez subsanados los que señalare, el Juez dictará sentencia.*

*Si el titular del asiento que se pretenda cancelar hubiere sido citado personalmente, no será necesaria la publicación de los edictos que previene esta regla.*

*8.ª) La sentencia que se dicte, en cualquiera de los supuestos comprendidos en las tres reglas precedentes, será apelable en ambos efectos, sustanciándose la apelación por los trámites de los incidentes.*

*9.ª) Será título bastante para obtener la cancelación el testimonio literal de la sentencia firme».*

Respecto de la *importancia de la intervención del Ministerio Fiscal* en materia de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica, es buena muestra la Resolución de la DGRN, de 5-10-2007, que, para la reanudación del tracto registral interrumpido, deniega la inscripción de la sentencia firme recaída en un juicio declarativo, entre otras cosas, porque: *«por la relatividad de la cosa juzgada, la declaración de propiedad se hace exclusivamente contra el demandado, pero no contra terceras personas (cfr. art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)»*, y porque: *«conforme a la legislación hipotecaria, para la reanudación del tracto, tanto por expediente de dominio como por acta de notoriedad, han de tenerse en cuenta otros intereses, además de los del titular registral (de ahí que en las actuaciones intervenga el Ministerio Fiscal y que no baste que el titular del asiento contradictorio consienta en estas actuaciones la reanudación para que no fueran necesarios otros trámites —cfr. arts. 201 y 202 de la Ley Hipotecaria, y 286 y 295 de su Reglamento—)»*.

En el mismo sentido se manifiesta la Resolución de la DGRN de 18-11-2006, respecto de operaciones particionales en procedimiento seguido contra los herederos indeterminados del titular registral. O la Resolución de la DGRN de 14-10-2005, respecto de sentencia declarativa de dominio sobre una finca rústica dictada a favor del actor y en rebeldía del demandado, por citar algunos ejemplos.

#### D) EN RELACIÓN CON LOS RECURSOS CONTRA LA CALIFICACIÓN

Hasta la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, por la que se redacta el actual Título XIV de la Ley Hipotecaria, artículos 322 y siguientes —a los que vamos a referirnos más adelante y en los que ya se incluyen menciones expresas—, no había referencias al Ministerio Fiscal en la citada ley en esta materia.

Sí había algunas en el Reglamento Hipotecario.

El artículo 111 RH (redacción vigente tras el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre) dice que: *«en los casos del artículo 19 de la ley (cuando*

el Registrador, *al hacer la calificación*, observa alguna falta en el título y se lo hace saber a los interesados por si quieren subsanarlo), *los interesados podrán recoger el documento y subsanar la falta dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación; pedir la anotación preventiva, que durará el tiempo señalado en el artículo 96 de dicha ley; recurrir contra la calificación del Registrador gubernativamente o formular la correspondiente demanda ante los Tribunales de Justicia, con arreglo al artículo 66 de la misma ley...*».

Al regular el recurso gubernativo, el artículo 112 RH (redacción vigente desde 1947), decía:

«El recurso gubernativo a que se refiere el artículo anterior podrá ser enablado:

1.º) *Por la persona, individual o jurídica, a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción; por quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta, como transferente o por otro concepto, y por quien ostente notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria de unos u otros para tal objeto.*

2.º) *Por el Fiscal de la respectiva Audiencia, cuando se trate de suspensiones o negativas a inscribir documentos exigidos por las Autoridades Judiciales; pero solamente en los asuntos criminales o civiles en los cuales deba ser parte con arreglo a las leyes, e independientemente y sin perjuicio del derecho de los interesados, conforme a lo dispuesto en el número anterior».*

3.º) *Por el Notario autorizante del título, en todo caso, y si se resolviese que el título es inscribible, el interesado obtendrá la inscripción sin necesidad de promover nuevo recurso, siempre que no mediaren obstáculos de distinta naturaleza.*

Podrán recurrirse contra la calificación del Registrador a efectos exclusivamente doctrinales, aun cuando se hubieren escritos los documentos calificados en virtud de subsanación de los defectos alegados en la nota por el Registrador.

(El apartado 3 y párrafo último fueron modificados, pero volvieron a tener su redacción original, al haber sido anulada dicha reforma por STS, Sala 3.ª, de 22 de mayo de 2000, aunque ello es indiferente para la cita al Ministerio Fiscal que centra nuestra atención).

#### *Artículo 134 RH*

«El documento calificado se unirá a los autos de que dimanare, y el Juez o Tribunal se limitará a dar traslado, por tres días, al Ministerio Fiscal, si fuera parte, y a los demás interesados, para que, en vista de la calificación, puedan gestionar la subsanación de los defectos observados o promover, si lo estimaren prudente, el correspondiente recurso».

*Artículo 135 RH*

*«La reclamación gubernativa contra la suspensión o negativa de los Registradores a inscribir un documento expedido por la Autoridad Judicial, ya se promoviere por el Ministerio Fiscal, ya por otros interesados, deberá entablarse y tramitarse en la forma establecida en los artículos 113 y siguientes».*

*Artículo 136 RH*

*«Los Registradores deberán acudir al Presidente de la Audiencia respectiva en queja de los apremios que los Jueces o Tribunales, al conocer de algún negocio civil o criminal les hicieren para practicar cualquier asiento improcedente a juicio de aquellos funcionarios. El Presidente, en vista de la queja del Registrador, pedirá informe al Juez o Tribunal que la hubiere ocasionado, y una vez evacuado, dictará la resolución que proceda, previa audiencia del Ministerio Fiscal.*

*El Registrador dará cuenta al Juez o Tribunal de la interposición de la queja y éstos suspenderán todo procedimiento contra el Registrador hasta la resolución definitiva del recurso, que se tramitará de oficio, con sujeción, en lo posible, a lo dispuesto en los artículos 113 y siguientes.*

*Cuando el Juez o Tribunal que hubiere apremiado al Registrador no esté subordinado a la Audiencia Territorial en cuya jurisdicción se halle enclavado el Registro, corresponderá la resolución del recurso de queja al Ministerio de Justicia, a propuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado, elevándose el escrito del Registrador y reclamándose el informe del Juez por conducto de los Presidentes de las Audiencias respectivas, los cuales podrán hacer las manifestaciones que estimen pertinentes.*

*Contra la resolución del Presidente de la Audiencia podrá apelarse dentro del octavo día ante el Ministerio de Justicia, que resolverá, como en el caso del párrafo anterior, a propuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado».*

En todo caso, era un tema con dificultades, hasta el punto de que motivó la Circular FGE, de 20 de noviembre de 1968, apoyándose en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de junio de 1968, en la que se reconoce la personalidad del Ministerio Fiscal para recurrir contra la calificación del Registrador de la Propiedad que, por distintos motivos, no practica la inscripción de una finca a nombre del perjudicado en causa criminal.

El vigente Título XIV (Recursos contra la Calificación) de la Ley Hipotecaria fue añadido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, regula esta materia con suficiente claridad, en los artículos 322 y siguientes. De ellos destacamos:

#### Artículo 324 LH

«Las calificaciones negativas del registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y según los trámites previstos en los artículos siguientes, o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal y observándose, en la medida en que le sean aplicables, las disposiciones contenidas en el artículo 328 de esta Ley (párrafo 1 redactado por Ley 24/2005, de 18 de noviembre).

*Cuando el conocimiento del recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente. Si se hubiera interpuesto ante la mencionada Dirección General, ésta lo remitirá a dicho órgano».*

#### Artículo 325 LH

«Estarán legitimados para interponer este recurso:

- a) *La persona, natural o jurídica, a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción, quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta, como transferente o por otro concepto, y quien ostente notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria de unos y otros para tal objeto; el defecto o falta de acreditación de la representación se podrá subsanar en el plazo que habrá de concederse para ello, no superior a diez días, salvo que las circunstancias del caso así lo requieran;*
- b) *el Notario autorizante o aquél en cuya sustitución se autorice el título, en todo caso;*
- c) *la autoridad judicial o funcionario competente de quien provenga la ejecutoria, mandamiento o el título presentado;*
- d) *el Ministerio Fiscal, cuando la calificación se refiera a documentos expedidos por las autoridades judiciales en el seno de los procesos civiles o penales en los que deba ser parte con arreglo a las leyes, todo ello sin perjuicio de la legitimación de quienes ostenten la condición de interesados conforme a lo dispuesto en este número. La subsanación de los defectos indicados por el Registrador en la calificación no impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso».*

#### Artículo 326 LH

«El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediateamente con la calificación del Registrador,

rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

El plazo para la interposición será de un mes y se computará desde la fecha de la notificación de la calificación.

El escrito del recurso deberá expresar, al menos:

- a) El órgano al que se dirige el recurso.
- b) El nombre y apellidos del recurrente y, en su caso, cargo y destino del mismo.
- c) La calificación que se recurre, con expresión del documento objeto de la misma y de los hechos y fundamentos de derecho.
- d) Lugar, fecha y firma del recurrente y, en su caso, identificación del medio y del lugar que se señale a efectos de notificaciones.
- e) En el supuesto de presentación en los términos previstos en el artículo 327, párrafo tercero de la presente ley, deberá constar el domicilio del Registro del que se recurre la calificación del registrador, a los efectos de que sea inmediatamente remitido por el órgano que lo ha recibido a dicho Registrador.

El cómputo de los plazos a los que se refiere el presente capítulo se hará de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

El artículo 327 LH (redacción tras la Ley 24/2005, de 18 de noviembre) establece las reglas del recurso: «...en el caso de que el recurrente opte por iniciarlo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado...».

Artículo 328 LH (redacción tras la Ley 24/2005, de 18 de noviembre)

«Las calificaciones negativas del Registrador y en su caso, las Resoluciones expresas y presuntas de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia del recurso contra la calificación de los registradores serán recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal.

La demanda deberá interponerse dentro del plazo de dos meses, contados de la notificación de la calificación o, en su caso, de la resolución dictada por la Dirección General, o, tratándose de recursos desestimados por silencio administrativo, en el plazo de cinco meses y un día desde la fecha de interposición del recurso, ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble y, en su caso, los de Ceuta o Melilla.

Están legitimados, para la interposición de la misma, los que lo estuvieren para recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

A este fin, recibido el expediente, el Tribunal, a la vista de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, les emplazará para que puedan comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días.

Carecen de legitimación para recurrir la Resolución de la Dirección General el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el Consejo General del Notariado y los Colegios Notariales. El notario autorizante del título o su sucesor en el protocolo, así como el Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles cuya calificación negativa hubiera sido revocada mediante Resolución expresa de la Dirección General de los Registros y del Notariado podrán recurrir la resolución de ésta cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares. El Juez que conozca del recurso interpuesto podrá exigir al recurrente la prestación de caución o fianza para evitar cualquier perjuicio al otorgante del acto o negocio jurídico que haya sido calificado negativamente.

La Administración del Estado estará representada y defendida por el Abogado del Estado. No obstante, cuando se trate de la inscripción de derechos en los que la Administración ostente un interés directo, la demanda deberá dirigirse contra el Ministerio Fiscal...»

Obsérvese que en este artículo, aunque se parte de la idea general de que la Administración del Estado estará representada y defendida por el Abogado del Estado, la demanda deberá dirigirse contra el Ministerio Fiscal cuando se trate de la inscripción de derechos en los que la Administración ostente un interés directo, lo que nos recuerda la antigua «defensa de los intereses del Fisco».

## OTRAS MENCIONES AL MINISTERIO FISCAL EN EL DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL

### A) EN LAS NORMAS SOBRE INSCRIPCIÓN DE ACTOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA

Estimamos necesario hacer una breve referencia al *Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística* (BOE 175/1997, de 23 de julio de 1997). Según su Disposición Final Primera: «El contenido del presente Real Decreto tendrá la consideración de Normas Complementarias del Reglamento para la aplicación de la Ley Hipotecaria».

En él se hacen las siguientes citas al Ministerio Fiscal:

En la *Exposición de Motivos*, se dice: «En el capítulo III se regula la inscripción de expropiaciones urbanísticas, cuya presencia está justificada

en cuanto que la Administración actuante puede aplicar el procedimiento de tasación conjunta y sus especiales normas registrales a cualquier tipo de expropiación urbanística.

*Para que tenga lugar la aplicación de las normas generales de expropiación es suficiente el artículo 32 del Reglamento Hipotecario, pero, cuando la expropiación recae sobre las fincas incluidas total o parcialmente en una unidad de ejecución, la Administración podrá optar por la inscripción conjunta de la totalidad o parte de las fincas expropiadas, en cuyo caso se hace necesario una especial previsión de las posibles patologías que puedan presentarse.*

*Así se ha hecho, recogiendo algunas soluciones contenidas en el Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 9 de abril de 1976 (Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril. Texto refundido de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana), hoy vigente en gran parte, dando una especial intervención al Ministerio Fiscal en defensa de los intereses de titulares desconocidos o no comparecientes y estableciendo la posibilidad de que mediante acta de notoriedad puedan solucionarse problemas de pronunciamientos registrales contrarios a la realidad, sin que sea necesario aprobación judicial. La regulación del tema se completa recabando la colaboración del Registrador de la Propiedad para los casos en los que existan fincas inscritas que no han sido incluidas en el expediente de expropiación».*

Es decir, cuando se aplican las *normas generales* de la Expropiación, el propio artículo 32 del Reglamento Hipotecario se remite a ellas, y por tanto al artículo 5 de la Ley de Expropiación Forzosa, que contempla la intervención del Ministerio Fiscal en ciertos casos, tal como ya hemos mencionado anteriormente.

Por el contrario, *«cuando la expropiación recae sobre las fincas incluidas total o parcialmente en una unidad de ejecución, la Administración podrá optar por la inscripción conjunta de la totalidad o parte de las fincas expropiadas, en cuyo caso se hace necesario una especial previsión de las posibles patologías que puedan presentarse»*. Es en estos casos cuando se otorga una *«especial intervención al Ministerio Fiscal en defensa de los intereses de titulares desconocidos o no comparecientes»*. Ya veremos más adelante que tal *«especial intervención»* es más teórica que real.

En el Capítulo relativo a la *«Inscripción de los Proyectos de Equidistribución»*, en su artículo 9, al tratar de la *«Reanudación del tracto sucesivo interrumpido sobre las fincas de origen»*, dice:

*«Cuando alguna de las fincas incluidas en la unidad de ejecución constare inscrita a favor de persona distinta de quien justificare en el expediente mejor derecho de propiedad sobre aquella, la reanudación del tracto sucesivo interrumpido podrá realizarse conforme a las siguientes reglas:*

1. Cuando los títulos públicos intermedios tan sólo estuviesen pendientes de inscripción, se procederá previamente a la práctica de ésta. Si fuese preciso, para la obtención de copias de tales títulos tendrá interés legítimo para solicitar su expedición el órgano actuante, la Junta de Compensación o la entidad competente para la ejecución de la unidad.

2. Si la inscripción contradictoria con la titularidad alegada en el expediente tuviera más de treinta años de antigüedad, se citará al titular registral en el domicilio que constare del asiento y si tal circunstancia no resultare del Registro, por edictos. Si dicho titular no compareciere, ni tampoco formulare oposición el Ministerio Fiscal, la inscripción de la finca de origen se practicará a favor de quien hubiere justificado su derecho por cualquier título. De la misma forma se practicará la inscripción en caso de que el titular hubiere comparecido en el expediente y no se opusiera al contenido del proyecto.

3. Si la inscripción contradictoria tuviera treinta o menos de treinta años de antigüedad, la reanudación del tracto interrumpido dentro del expediente sólo podrá tener lugar cuando conste que el titular registral se ha dado por enterado personalmente y no ha formulado oposición.

4. La realización de los trámites a que se refieren los apartados anteriores deberá llevarse a efecto por la Administración actuante y su resultado se incorporará al acuerdo de aprobación definitiva del proyecto, que deberá contener la referencia a los documentos en que se apoya la reanudación del tracto, a las notificaciones realizadas, a su destinatario y a las comparecencias que, en su caso, hayan tenido lugar por parte de los interesados.

5. Si no se cumplen los requisitos de los apartados anteriores, la Administración actuante adjudicará las fincas de resultado al titular registral de las de origen, haciendo constar en el título inscribible que el expediente se ha entendido con persona distinta. El Registrador de la Propiedad hará la inscripción sin indicación alguna de la posible contradicción.

6. El procedimiento regulado en los apartados 2 a 5 podrá ser tramitado por Notario competente para actuar en el Distrito donde se sitúa la finca, a instancia del titular de la finca incluida en la unidad de ejecución. Si se diera este supuesto, el Notario requerido dará cuenta del hecho al órgano actuante y el resultado del expediente se formalizará en acta de notoriedad, cuya primera copia se remitirá, asimismo, al órgano actuante, antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución».

Es interesante la referencia a la posibilidad de que se formule oposición por el Ministerio Fiscal, en su apartado 2. El único problema estriba en que no conocemos que exista norma específica alguna que regule o establezca la notificación de estos expedientes al Ministerio Fiscal, por lo que, salvo algún supuesto en que llegue a su conocimiento de cualquier otra forma, dudamos

mucho que pueda oponerse a algo cuya existencia ignora. Es decir, una vez más estamos ante una intervención teórica con dudoso soporte real.

Hemos examinado todas las disposiciones legales existentes en esta materia y, al día de hoy, no hay precepto legal alguno, ni estatal de aplicación general ni de Comunidad Autónoma, que contemple la intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes de «equidistribución».

Podríamos considerar que la disposición anterior no está pensando en una intervención específica y propia del Ministerio Fiscal en los expedientes de «equidistribución», sino en las intervenciones que, con carácter general contempla la legislación (en relación a menores, incapaces, ausentes...). Pero en este caso no terminamos de comprender porqué se contempla la intervención del Ministerio Fiscal solamente para los supuestos del apartado 2 y no en los demás, porque lo evidente es que una norma con rango de Real Decreto no puede limitar el ámbito de intervención contemplado para el Ministerio Fiscal por normas de rango legal. Lo cierto es que nos parece que las menciones al Ministerio Fiscal que contempla este Real Decreto no han de considerarse un ejemplo de rigor jurídico.

Por su parte, dentro del mismo capítulo, el artículo 10, al tratar los temas de la «Doble inmatriculación. Titularidad desconocida o controvertida sobre la finca de origen. Titular en ignorado paradero», dice:

*«Cuando la finca incluida en el proyecto de equidistribución hubiere sido objeto de doble inmatriculación, resultare ser de titular desconocido o registralmente constare que su titularidad es controvertida, se aplicarán las siguientes reglas:*

1. *Si la finca constare doblemente inmatriculada, por haberse practicado la nota correspondiente con anterioridad a la iniciación del procedimiento de equidistribución, o dicha doble inmatriculación resultare probada como consecuencia de las operaciones del propio proyecto, deberán considerarse interesados en el proceso los titulares registrales de la finca doblemente inmatriculada, según cada inscripción, lo que supondrá el mantenimiento de dicha situación en la adjudicación de las fincas de resultado y en su inscripción registral, la cual se practicará a favor de quien acredite mejor derecho en el juicio declarativo ordinario que corresponda por su cuantía en el orden jurisdiccional civil. Todo ello, sin perjuicio del convenio entre los titulares afectados formalizado en escritura pública. En la inscripción de las fincas de resultado se harán constar las circunstancias correspondientes a las fincas de origen que hubieren sido objeto de doble inmatriculación.*

2. *Cuando la finca de origen fuere de titular desconocido, la finca de resultado se inscribirá a favor de la Administración actuante, con carácter fiduciario y para su entrega a quien acredite mejor derecho sobre la misma. Si el titular de la finca de origen estuviere en ignorado paradero, la defensa*

de sus intereses, durante la tramitación del proceso, corresponderá al Ministerio Fiscal, salvo que el ausente tuviese designado representante con facultades suficientes.

3. *Se considerará que existe titularidad controvertida cuando constare anotación preventiva de demanda de propiedad. En este caso la inscripción de la finca de resultado se practicará a favor del titular registral de la finca de origen, pero trasladando, igualmente, la anotación preventiva que sobre la misma conste practicada».*

Obsérvese que aquí sólo contempla directamente este Real Decreto la intervención del Ministerio Fiscal —esta vez no sólo la mera posibilidad de oposición— en el caso de que el titular de la finca de origen estuviere en ignorado paradero, por lo que está estableciendo un campo de actuación más restringido que el previsto en las reglas generales (art. 5 LEF: «cuando... no comparecieren en el expediente los propietarios o titulares, o estuvieren incapacitados y sin tutor o persona que les represente, o fuere la propiedad litigiosa»). Una vez más debemos reiterar nuestra opinión de falta de rigor jurídico en este Real Decreto.

En el Capítulo III, al regular las «Expropiaciones Urbanísticas», establece en su artículo 22.3 que: «Cuando la Administración no utilice el procedimiento de tasación conjunta, el reflejo registral de las operaciones posteriores se regirá por lo establecido, con carácter general, en la legislación hipotecaria y de expropiación forzosa. En otro caso, se estará a lo dispuesto en los artículos siguientes».

Es decir, cuando la Administración utilice el procedimiento de tasación conjunta no se rige por «lo establecido con carácter general en la legislación hipotecaria y de expropiación forzosa», sino por «lo dispuesto en los artículos siguientes».

En su artículo 24 establece las reglas a las que se ajustará el título inscribible de la expropiación forzosa.

Y en su artículo 25, al regular los «Documentos complementarios de la certificación administrativa», dice que:

«A la certificación administrativa a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior (cuando la Administración opta por la inscripción conjunta de la totalidad o parte de las superficies expropiadas, en la que se comprendan varias fincas registrales), y respecto de cada una de las fincas de origen, se acompañará, según proceda:

1. *El acta de ocupación.*
2. *El acta de pago del justiprecio a favor del titular registral del dominio, y del pago o consignación, según proceda, de la parte necesaria del mismo correspondiente a otros derechos inscritos, cuando se hubiere apor-*

tado al expediente la certificación de dominio y cargas a la que se refiere el artículo 22.

3. *El acta de pago del justiprecio a favor de la persona con la que se hubiere entendido el expediente, si éste aportare certificación acreditativa de que la finca, tal y como se describe en el expediente, no está inscrita a favor de persona alguna y hubiere justificado debidamente su derecho.*

4. *El documento que acredite la consignación del justiprecio a favor de la persona con la que se haya entendido el expediente, cuando no se hubiese aportado al mismo la certificación a que se refiere el artículo 22.*

5. *El documento que acredite la consignación de la parte necesaria del justiprecio a favor de quien corresponda, cuando de la certificación registral resultare la existencia de anotación de demanda sobre el derecho expropiado o cargas o gravámenes anteriores a la nota marginal, cuyos titulares hubieren sido debidamente citados en el expediente sin haber comparecido en el mismo.*

6. *El acta de depósito del justiprecio, en la que se haga constar la comparecencia del Ministerio Fiscal si se tratare de titulares desconocidos o no comparecientes, o el titular del derecho fuere menor o incapacitado, que no estuviera debidamente representado, así como en los demás casos en que, conforme a la legislación, fuere preceptiva la intervención del Ministerio Público.*

7. *El acta de depósito del justiprecio en todos los demás casos que proceda, de acuerdo con lo establecido en la legislación de expropiación forzosa».*

Como se puede observar, en el Capítulo III, al regular las «Expropiaciones urbanísticas», se contempla con mayor amplitud la intervención del Ministerio Fiscal e incluso se hace una referencia a «los demás casos en que, conforme a la legislación, fuere preceptiva la intervención del Ministerio Público», con lo que quedan salvados los supuestos no contemplados expresamente.

## B) EN LA LEGISLACIÓN NOTARIAL

Antes de finalizar nuestra exposición, queremos prestar atención a las menciones que se hacen al Ministerio Fiscal:

- En la *Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862*, y
- En el *Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado (BOE 7-7-1944)*.

En la *legislación notarial* se otorgan *funciones de garantía* al Ministerio Fiscal, tanto en relación con las copias de la escritura matriz, los protocolos y actividades de inspección y control.

### Artículo 18 LN

*«No podrán expedirse segundas o posteriores copias de la escritura matriz sino en virtud de mandato judicial, y con citación de los interesados o del Promotor fiscal cuando se ignoren éstos o estén ausentes del pueblo en que esté la Notaría. Será innecesaria dicha citación en los actos unilaterales, y aun en los demás cuando pidan la copia todos los interesados».*

Sobre este tema, el artículo 235 RN, dice:

*«Para la obtención de segundas o posteriores copias, cuando sea necesario mandamiento judicial, el interesado deberá solicitarla del Juez de primera instancia del distrito donde radique el protocolo, o del Juez que en su caso conozca de los autos a que la copia debe aportarse. En este último caso se procederá según lo dispuesto en la Ley procesal correspondiente.*

*Cuando la copia no se solicite del Juez que actúe en pleito o causa, el interesado que la reclame deberá presentar un escrito, sin necesidad de Letrado ni Procurador, expresando el documento de que se trata, la razón de pedirla, y el protocolo donde se encuentre. El Juez, dentro de una audiencia, dará traslado al Ministerio Fiscal cuando no deban ser citados los demás interesados en el documento, por ignorarse su paradero o por estar ausentes del pueblo donde radique la Notaría o Archivo de protocolos correspondientes. Cuando los interesados deban ser citados, lo serán dentro de los tres días siguientes a la presentación del escrito incoando el procedimiento.*

*Transcurridos otros tres días con o sin impugnación del Fiscal o de los interesados citados, el Juez resolverá, expidiendo en su caso, dentro del tercer día, el oportuno mandamiento al Notario o Archivero».*

### Artículo 32 LN

*«Ni la escritura matriz ni el libro protocolo podrán ser extraídos del edificio en que se custodien, ni aun por Decreto judicial u orden superior, salvo para su traslación al archivo correspondiente y en los casos de fuerza mayor.*

*Podrá, sin embargo, ser desglosada del protocolo la escritura matriz contra la cual aparezcan indicios o méritos bastantes para considerarla cuerpo de un delito, precediendo al efecto providencia del juzgado que conozca de él, y dejando, en todo caso, testimonio literal de aquélla, con intervención del Ministerio Fiscal.*

*Los Notarios no permitirán tampoco sacar de su archivo ningún documento que se halle bajo su custodia por razón de su oficio, ni dejarán examinarlo en todo ni en parte, como ni tampoco el protocolo, no precediendo Decreto judicial, sino a las partes interesadas con derecho adquirido, sus herederos o causahabientes. En los casos, sin embargo, determinados por las*

leyes, y en virtud de mandamiento judicial, pondrán de manifiesto en sus archivos el protocolo o protocolos, a fin de extender, en su virtud, las diligencias que se hallen acordadas».

*Artículo 39 LN*

«En el caso de inutilizarse el todo o parte de un protocolo, el Notario dará cuenta al Juez y al Promotor fiscal del partido, y éstos respectivamente al Regente y Fiscal de la Audiencia, para que, instruido con citación de partes el oportuno expediente, cotejados los índices y libros, y examinados los Registros de Hipotecas, se repongan en la parte posible los protocolos y los libros».

*Artículo 40 LN*

«Los Jueces de primera instancia visitarán cuando lo estimen conveniente las Notarías comprendidas en su partido.

El Gobierno y el Regente de la Audiencia podrán decretar visitas extraordinarias, para las que sólo nombrarán Magistrados, Jueces o individuos del Ministerio Fiscal».

*Artículo 42 LN*

«Los Colegios serán dirigidos por Juntas, y en ellas tendrán la Autoridad Judicial, y el Ministerio Fiscal la intervención que se establezca en los reglamentos».

C) NORMAS SOBRE INCOMPATIBILIDAD DE FUNCIONES

Por último —y con esto ya terminamos—, son menciones relativas a la incompatibilidad de funciones las siguientes:

*Artículo 281 LH*

El cargo de Registrador es incompatible con el de Juez o Fiscal municipal o comarcal, Notario y, en general, con todo empleo o cargo público, en propiedad o por sustitución, esté o no retribuido con fondos del Estado, de la Provincia o del Municipio.

*Artículo 16 LN*

El ejercicio del Notario es incompatible con todo cargo que lleve aneja jurisdicción, con cualquier empleo público que devengue sueldo o gratificación de los presupuestos generales, provinciales o municipales, y con los cargos que le obliguen a residir fuera de su domicilio.

Sin embargo, en los pueblos que pasen de 20.000 almas podrán admitir, aun fuera de su domicilio, los cargos de Diputados a Cortes o Diputados provinciales.

*Artículo 141 RN* (precepto redactado por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero)

El cargo de notario es incompatible con los que determina el artículo 16 de la Ley del Notariado, especialmente con los de Juez y Fiscal, y aquellos otros que determine el ordenamiento jurídico. A los efectos del citado artículo, las poblaciones en que haya demarcadas dos o más Notarías, se equiparan a las que tengan más de veinte mil habitantes.

La incompatibilidad de los notarios que acepten los cargos de Ministro, Subsecretario, Director General y el resto de los citados en el artículo 115 de este Reglamento, se regularán por lo dispuesto en los artículos 52 y 115 de este Reglamento.

*RESUMEN*

*REGISTRO DE LA PROPIEDAD.  
MINISTERIO FISCAL*

*El autor realiza en este trabajo un estudio de la intervención del Ministerio Fiscal en los distintos supuestos previstos en la legislación hipotecaria y en su reglamento, tales como hipotecas legales, expedientes de dominio, actas de notoriedad, expedientes de liberación de cargas y materia urbanística, entre otras.*

*ABSTRACT*

*PROPERTY REGISTRY.  
PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE*

*In this paper the author conducts a study of the role of the Public Prosecutor's Office in the different issues addressed by mortgage legislation and related regulatory measures, such as statutory mortgages, proceedings to establish ownership, certificates of general knowledge of ownership, encumbrance removal proceedings and land planning matters.*

*(Trabajo recibido el 7-7-2008 y aceptado para su publicación el 29-05-2009)*

# Algunos de los problemas que pueden aparecer a la hora de partir una herencia. Especial consideración jurisprudencial

por

M.<sup>a</sup> EUGENIA SERRANO CHAMORRO

*Catedrática de EUE Empresariales*

*Departamento de Derecho Civil. Universidad de Valladolid*

## SUMARIO

- I. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO.
- II. CASOS ESPECIALES DE ADJUDICACIÓN DE LA PARTE HEREDITARIA.
- III. PERIODO DE INDIVISIÓN.
- IV. LA PARTICIÓN DE HERENCIAS:
  - 1. CONCEPTO.
  - 2. CLASES DE PARTICIÓN.
  - 3. FORMA DE HACER LA PARTICIÓN.
- V. OPERACIONES PARTICIONALES.
- VI. EFECTOS DE LA PARTICIÓN.
- VII. INEFICACIA DE LA PARTICIÓN.

## I. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO

En nuestro Código Civil encontramos las reglas sustantivas que nos ayudan a resolver nuestros problemas a la hora de repartir los bienes heredados.

Si como dice el artículo 657 del Código Civil: «*Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte*». «*La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la Ley*» (art. 658, ap. 1).

Es necesario conocer algunos de los preceptos básicos que nos van a ayudar a la hora de realizar uno de los actos más frecuentes y que más disputas familiares nos pueden ocasionar, esto es, lo relativo a la apertura del testamento de un ser querido, normalmente herencias de padres a hijos. Y como este proceso es largo y complicado, si se quieren poner trabas a la hora de la adjudicación de los bienes, vamos a centrarnos en un acto concreto, «la partición de la herencia».

Si la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte (art. 659 CC). Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones (art. 661 CC). Y los llamados a la misma pueden ser a título universal (heredero) o bien a título particular (legatario), el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario.

El testador no puede disponer libremente de sus bienes, el artículo 763 dispone: «*El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos. El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo*».

Añadiendo el artículo 764: «*El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar*.

*En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos*». Y el 765: «*Los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales*».

Estos serían los parámetros generales que debemos tener presentes en la apertura sucesoria.

## II. CASOS ESPECIALES DE ADJUDICACIÓN DE LA PARTE HEREDITARIA

Ciertos artículos del Código Civil se ocupan específicamente de algunos casos concretos que requieren una atención individualizada que vamos a exponer y sobre los cuales recogemos distintas sentencias de nuestro Alto Tribunal.

A) CONMUTACIÓN DE SU PARTE AL VIUDO

Artículo 839: *«Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.»*

*Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge.»*

La sentencia de 4 de octubre de 2001 (1) indica que este apartado 2 del artículo 839 supone una garantía para preservar los derechos del cónyuge, en tanto en cuanto no se determinen la forma de satisfacción de la cuota viudal.

Artículo 840: *«Cuando el cónyuge viudo concurra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios.»*

Un ejemplo de conmutación lo podemos ver, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 junio de 2006 (2), por acuerdo unánime con todos sus herederos, se satisface su derecho viudal asignándole una renta vitalicia. En el presente caso, el cónyuge viudo y los herederos celebraron el 1 de agosto de 1972, un negocio jurídico que denominaron en el encabezamiento «explotación en común de los bienes y títulos de los que son legítimos propietarios» y más adelante se refirieron a «sociedad familiar»; en lo que aquí interesa se incluyó el pacto de conmutación del usufructo viudal en estos términos literales: «A doña Julia se le entregará mensualmente el día 1 de cada mes, la cantidad de doce mil pesetas, por el gerente de la Sociedad con cargo a la cuenta de cada uno de sus cuatro hijos, o sea, tres mil pesetas cada uno, como compensación al usufructo que le corresponde al tercio de libre disposición en la herencia de su difunto esposo don Cristóbal. Estas cantidades entregadas mensualmente serán revisadas en la misma proporción que el sueldo del gerente y nunca se podrán considerar como gastos generales, sino como anticipo a cuenta de beneficios de cada uno».

La sentencia de 25 de octubre de 2000 (3) sobre un caso de capitalización de la cuota viudal usufructuaria, señalando que *la facultad de elegir una de estas formas expresadas en el artículo 839 corresponde a los herederos, sean voluntarios o forzosos, testados o abintestato, o, incluso, legatarios afectados por el usufructo legal del viudo, ya sean descendientes, ascendientes o colaterales del causante o, incluso, extraños al mismo, y tanto si dicha cuota viudal recae sobre el tercio de mejora como en el de libre disposición, y*

---

(1) STS de 4 de octubre de 2001 (RJ 2001/7542).

(2) STS de 30 de junio de 2006 (RJ 2006/3978).

(3) STS de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000/8549).

*desde esta óptica, en consonancia a que la mención de «herederos» se refiere sólo a los «afectados» por el usufructo de la viuda, a quienes compete la posibilidad de elegir entre las distintas opciones establecidas en el artículo 839, al tratarse de una carga sobre su porción hereditaria, es preciso entender que a ellos exclusivamente les está permitida la facultad de elección, que no se facilita a la recurrente, dado que ella es la beneficiaria de la cuota viudal usufructuaria, con independencia de la institución de heredera universal verificada por el causante en su testamento, todo ello en consonancia con el texto de artículo 839, que sólo permite la elección a los «herederos» que tienen que satisfacer al cónyuge su parte de usufructo.*

#### B) PAGO DE LA PORCIÓN HEREDITARIA EN CASOS ESPECIALES

La reforma de 1981 ha supuesto un cambio total en los artículos 841 y siguientes, permitiendo en ciertos casos que el pago se realice mediante metálico extraherencial, con bienes hereditarios o con metálico extraherencial, siempre que se efectúe en la forma y con las condiciones que establece el artículo 841 del Código Civil y con las garantías que para su efectividad se prevén en los artículos 842 a 847 del mismo Código Civil (4). DE LA CÁMARA ya expuso la tesis de que cualquier legitimario puede ser instituido heredero y encargado de abonar las restantes legítimas con fondos propios. Tesis que hasta la reforma de 1981 aducía en su favor la interpretación extensiva de los artículos 829 y 1056.2.º y que desde entonces quedó ampliamente reforzada por el nuevo artículo 841. En opinión de LACRUZ (5), aun así no puede decirse que, como regla general y sin darse circunstancias específicas, pueda el testador encomendar a un legitimario cualquiera el pago en dinero de la legítima de otro. La excepción a la regla de satisfacción individual de los derechos legitimarios con bienes de la herencia, ha llegado a ser, con el artículo 841, amplísima, pero sigue siendo una excepción: excepción para la herencia de los hijos (no la de los padres), y que además tampoco afecta al principio de atribución de la titularidad de los bienes relictos al conjunto de los herederos.

Artículo 841: *«El testador o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.»*

---

(4) Vid. BUSTO LAGO, J. M., *Derecho de Sucesiones. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, Thomson, Pamplona, 2007, en concreto págs. 175 y sigs.

(5) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones (Elementos de Derecho Civil, V)*, 5.ª ed., Bosch, Barcelona, 1993, *op. cit.*, pág. 410.

*También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador-partidor dativo a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil».*

Artículo 842 del Código Civil: *«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia, debiendo observarse, en tal caso, lo prescrito por los artículos 1.058 a 1.063 de este Código».*

Artículo 843: *«Salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación judicial».*

Si bien esta intervención judicial sólo será necesaria cuando exista conflicto entre los herederos adjudicatarios y los demás legitimarios en lo relativo a la valoración de bienes y fijación de las cantidades que han de ser satisfechas en metálico.

Plazo. Artículo 844: *«La decisión de pago en metálico no producirá efectos si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión. El pago deberá hacerse en el plazo de otro año más, salvo pacto en contrario. Corresponderán al perceptor de la cantidad las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad.*

*Transcurrido el plazo sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad conferida a los hijos o descendientes por el testador o el contador-partidor y se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición».*

Excepción. Artículo 845: *«La opción de que tratan los artículos anteriores no afectará a los legados de cosa específica».*

Artículo 846: *«Tampoco afectará a las disposiciones particionales del testador señaladas en cosas determinadas».*

Fijación del valor. Artículo 847: *«Para fijar la suma que haya de abonarse a los hijos o descendientes, se atenderá al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos o rentas hasta entonces producidas. Desde la liquidación, el crédito metálico devengará el interés legal».*

### III. PERIODO DE INDIVISIÓN

Lo normal es que sean los propios herederos los que realicen las operaciones tendentes a la adjudicación de los bienes hereditarios, así lo vemos en algún artículo de nuestro Código Civil, como es el 859 cuando dice que «el heredero es el obligado a la entrega del legado», pero también en grandes patrimonios suele nombrarse por el testador un albacea o un contador partidor

para que distribuya sus bienes y tome las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes hereditarios (art. 892 y sigs.).

Producido el hecho sucesorio, todos los herederos constituyen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras no haya partición. Esta comunidad que existe entre los copartícipes de una herencia indivisa, también llamada comunidad hereditaria, se rige, con carácter supletorio y en lo no regulado especialmente por la ley, por las normas del Código Civil relativas a la comunidad de bienes, en cuanto lo permita su peculiar naturaleza. Es obvio que la misma no nace a la vida jurídica en el caso de que sea uno sólo el heredero llamado a la herencia, en cuyo supuesto la partición del haber relicto del causante carece de sentido, sin que implique la necesidad de seguir todos los trámites precisos hasta llegar a la adjudicación de los bienes hereditarios. Lo normal, y donde los problemas se presentan, será la existencia de varios llamados a la herencia, y dado que la adjudicación no es automática, y el posible conflicto de intereses, serán muchas las cuestiones y reclamaciones que se puedan interponer.

El primer hecho, por lo tanto, será el fallecimiento del testador, que da lugar a la apertura del testamento y los nombrados tendrán que aceptar la herencia de forma expresa o tácita, conforme dispone el Código Civil en sus artículos 988 y siguientes. Citamos entre otros los siguientes artículos:

Artículo 988: *«La aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres».*

Artículo 989: *«Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda».*

Artículo 990: *«La aceptación o la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente».*

Artículo 991: *«Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia».*

Artículo 997: *«La aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido».*

Artículo 998: *«La herencia podrá ser aceptada pura y simplemente, o a beneficio de inventario».*

Artículo 999: *«La aceptación pura y simple puede ser expresa o tácita. Expresa es la que se hace en documento público o privado.*

*Tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero.*

*Los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero».*

Artículo 1.004: «Hasta pasados nueve días después de la muerte de aquel de cuya herencia se trate, no podrá intentarse acción contra el heredero para que acepte o repudie».

Artículo 1.005: «Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el Juez señalar a éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que, si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada».

Artículo 1.010: «Todo heredero puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido.

También podrá pedir la formación de inventario antes de aceptar o repudiar la herencia, para deliberar sobre este punto».

Mientras el tiempo pasa y se efectúan las siguientes operaciones particionales, como podrían ser el inventario y avalúo de los bienes, fase en la que la polémica puede, sin lugar a dudas, plantearse, se produce una comunidad hereditaria entre sus herederos, en la cual cada uno de ellos ostenta una cuota abstracta sobre los bienes y derechos que constituyen el caudal relicto del causante.

Como bien dice SEOANE (6), la comunidad hereditaria se configura, pues, como una comunidad especial sobre el conjunto de bienes y derechos del causante, y no como una multiplicidad de comunidades concurrentes sobre cada bien integrante de la masa hereditaria. Sólo a partir del momento en que se efectúa la partición de la herencia, esa titularidad abstracta se individualiza en bienes determinados, es decir, en aquéllos que son objeto de adjudicación a cada uno de los coherederos, bien lo sea en régimen jurídico de propiedad exclusiva o copropiedad. En este sentido es tajante el artículo 1.068 del Código Civil, cuando dice que: «la partición hereditaria legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados». Siendo así las cosas, los herederos carecen de facultades de disposición sobre los concretos bienes de la herencia, en tanto en cuanto los mismos no le hayan sido adjudicados a través de la correspondiente partición. Producido el hecho sucesorio, todos los herederos constituyen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras no haya partición.

A este respecto, y para corroborar estos preceptos del Código Civil, conviene analizar diversas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, entre las que destacamos:

A) La sentencia de 25 de junio de 2008 (7), cuyo Fundamento de Derecho 3.º resulta bastante interesante: «por medio de la aceptación de la

---

(6) J. L. SEOANE SPIEGELBERG, «El procedimiento para la división judicial de la herencia», pág. 497 y sigs., en *La división judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales*. Cuadernos de Derecho Judicial, I-2004, *op. cit.*, pág. 502.

(7) STS de 25 de junio de 2008 (RJ 2008/4270).

herencia (que la Sala de instancia señala haberse producido en el caso por la vía de la aceptación tácita y por parte de todos los coherederos), el heredero viene a adquirir la titularidad de un derecho hereditario abstracto, en el sentido de que la cuota que les pertenece recae sobre el global del caudal hereditario. Un derecho que la STS de 17 de mayo de 1966 calificaba como “un derecho impreciso e inalienable sobre las cosas de que se componga el caudal”. Sólo la partición atribuirá el dominio de bienes concretos pertenecientes a la herencia, siempre que el dominio esté verdaderamente contenido en el caudal. Aún con mayor énfasis decía la STS de 29 de diciembre de 1988, con precedente en la de 16 de febrero de 1987 (RJ 1987, 694), que la partición hereditaria tiene por objeto la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (derecho hereditario) en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión, ya que, efectivamente, de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria o por cuotas o romana (art. 392 y sigs. CC).

Según este discurso lógico, la *actio familiae erciscundae* (acción de partición hereditaria) habría de ser un presupuesto necesario de la *actio communi dividundo* o acción de división de la cosa común, y la aplicación del artículo 1.062 del Código Civil a los supuestos de división no sería automática, mediando entre ellas algunas notas diferenciales, pues, como señalaba la STS de 2 de mayo de 1964, la acción de división compete a los comuneros (art. 400 CC), en tanto que la *familiae erciscundae* puede ser ejercitada por los coherederos, pero también por el cónyuge supérstite, por legatarios de parte alícuota o por acreedores de la herencia, y además las operaciones divisorias han de llevarse a efecto, en la acción de división, por los propios interesados, salvo que voluntariamente se sometan a la decisión de árbitros o amigables componedores, mientras que la partición puede ser llevada a efecto por el testador (art. 1.056 CC), o por los contadores partidores o comisarios designados por él (art. 1.057 CC), o por los propios herederos (art. 1058 CC), a lo que hay que añadir que tienen distinto origen y que, en general, la acción de división tiene un solo objeto, en tanto que la herencia recae sobre un *universum ius* compuesto del conjunto de bienes, derechos y obligaciones pertenecientes al *de cuius* (art. 659 CC). De ahí, finalmente, que algunas sentencias declaren la improcedencia de la *actio communi dividundo* cuando no existe un condominio, sino una comunidad hereditaria, por no haberse producido la partición del caudal hereditario. Los comuneros, ha dicho la STS de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004/3978), carecen del derecho de copropiedad sobre la finca cuya división pretenden, porque tienen un derecho abstracto sobre la totalidad del patrimonio hereditario, en comunidad con los demás coherederos, que no se especificará sobre la cosa concreta

*hasta que se les haya adjudicado —si a ellos se les adjudica en todo o en parte— por la partición de la herencia y de este modo se concluye que no cabe la división de la cosa, divisible o indivisible, que no es común a varios copropietarios, sino que forma parte de una comunidad hereditaria.*

*Esta apreciación global no evita la constatación de que la comunidad hereditaria, como un tipo especial de comunidad, quede comprendida en el marco general de la comunidad de bienes y derechos que regula el Título III del Libro II del Código Civil, pero la doctrina señala que “tiene características propias y un principio de régimen orgánico que la erigen en una categoría jurídica intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral (SSTS de 30 de abril de 1935, 17 de mayo de 1963)”. La comunidad hereditaria, decía la STS de 24 de julio de 1998 (RJ 1998/6446), en cuanto recayente sobre la totalidad del patrimonio del causante, no en cuanto referida a bienes concretos aisladamente considerados, participa de la naturaleza de la comunidad de tipo romano, por lo que le es aplicable el artículo 397 del Código Civil, con arreglo al cual los actos dispositivos de dichos bienes, integrantes de la referida comunidad hereditaria, requieren el consentimiento unánime de todos los coherederos.*

*La diferencia entre la comunidad que resulta de una sucesión hereditaria por causa de muerte y la comunidad o condominio en general, que se regula en el Título III del Libro II del Código Civil, se encuentra, como ha señalado la doctrina, en que «mientras en aquélla cada heredero, hasta que se realice la partición, sólo disfruta de una parte ideal de todos los bienes de la herencia, sin una posesión real individual que corresponde a todos, en éste disfruta de una posesión real y efectiva de la parte que le corresponde en la cosa, de la cual puede disponer, como se deduce de los artículos 399 y 394 del Código Civil» (SSTS de 25 de noviembre de 1961, 21 de marzo de 1968, etc.).*

*Pues esta caracterización de la comunidad hereditaria y de la posición de los coherederos dentro de ella se ha utilizado, fundamentalmente, para negar validez o efecto a los actos de disposición realizados por coherederos, en estado de comunidad hereditaria, es decir, antes de la partición sobre bienes del caudal relicto. Ya por considerar que el heredero sólo puede enajenar su cuota hereditaria, pero no bienes concretos ni cuotas recayentes sobre bienes concretos de la herencia, sin consentimiento de todos los demás (SSTS de 4 de abril de 1905, 26 de enero de 1906, 30 de enero de 1909, 18 de noviembre de 1918, 11 de febrero de 1952 [RJ 1952/283], 11 de abril de 1953 [RJ 1953/1262], 5 de octubre de 1963, 30 de diciembre de 1996 [RJ 1996/9124], etc.) bien entender que la venta así realizada es nula por falta de poder de disposición (SSTS de 14 de octubre de 1991 [RJ 1991/6921], 23 de septiembre de 1993 SIC, 31 de enero de 1994 [RJ 1994/642], 25 de septiembre de 1995 [RJ 1995/6669], 6 de octubre de 1997 [RJ 1997/7356], etc.), toda vez que hasta que se efectúa la partición no adquieren los*

herederos la propiedad exclusiva, según reiterada jurisprudencia. Señalando otras veces que la inoponibilidad de la venta realizada por uno de los coherederos frente al coheredero al que se asignan determinados bienes no implica la invalidez de la compraventa entre vendedor y comprador (STS de 27 de mayo de 1982 [RJ 1982/2605]).

*Esta concepción de las posiciones de los herederos parece apoyarse en un desarrollo en dos etapas sucesivas: por efecto de la aceptación los llamados devienen herederos y, si la aceptación es pura y simple (art. 1.003) devienen responsables con sus propios bienes de las deudas de la herencia, pero adquieren un derecho abstracto sobre el universum ius que conforma el caudal relicto, derecho que la partición convertirá en concreto, ya exclusivo, ya en pro indivisión sobre bienes determinados. La comunidad general, en cuyo seno se contiene, en potencia, la comunidad ordinaria, dará paso, si ha lugar, a una comunidad ordinaria. Desde esta perspectiva conceptual, sólo entonces será posible la acción de división. Este sistema trasciende la vieja idea romana, traducida en el principio *nomina et debita ipso iure dividuntur*, según la cual el hecho sucesorio determinaba la inmediata proyección en cuotas sobre cada uno de los bienes del caudal de la posición de los coherederos, que por medio de la división, y a través de una cadena de permutas, cambiaban su cuota de unos bienes por la de otros. Fue la *permutatio*, que todavía recogían los inmediatos precedentes del Code Napoléon, y cuyo rastro se percibe en preceptos como los de los artículos 1.069 y 1.070 del Código Civil.*

*Pero no siempre es posible aplicar con rigor lógico este esquema conceptual cuando, en la realidad del conflicto suscitado, los intereses en juego reclaman, para la realización de la justicia, un tratamiento más incisivo en la definición de las posiciones de las partes aún cuando menos ajustado al esquema conceptual antes indicado. Hay de ello muestras en la jurisprudencia. No sólo en cuanto que es principio hoy indiscutido que, no obstante el estado de comunidad peculiar que significa la comunidad hereditaria permite a los coherederos la venta de los bienes con validez y eficacia antes de la partición si están todos de acuerdo, sino en supuestos en los que, como el que dio lugar a la sentencia de 27 de diciembre de 1957, que cita como precedente la de 12 de febrero de 1904, se trataba de la existencia de un único bien en la masa hereditaria, por lo que entiende la sentencia que han de ser considerados condueños del mismo todos y cada uno de los herederos, aún antes de la partición. Y, como la comunidad hereditaria es un supuesto de comunidad de bienes, según antes se ha dicho, se considera la vigencia del artículo 394 del Código Civil, y se concluye que la utilización de la finca por uno solo de los partícipes, es ilegítima e impide la aplicación del artículo 398 del Código Civil.*

*Las sentencias de instancia presentan un conflicto en el que todos los coherederos nombrados han aceptado por la tácita, repartiendo ciertas sumas de*

dinero y negociando sobre el más importante de los bienes del caudal, que es la vivienda (quedan bienes muebles cuya condición de privatividad se discute). Se trata de un bien ocupado por uno solo de los coherederos. Cuando se intenta poner fin, mediante el recurso al mecanismo previsto en el artículo 1.062 del Código Civil, traído a causa por el artículo 406 del Código Civil, el coheredero ocupante opone falta de legitimación e inadecuación de procedimiento. En la comparecencia del juicio de menor cuantía deduce las excepciones de falta de legitimación ad processum y ad causam. El Juzgado contesta, mediante Auto de 12 de marzo de 1999, que un comunero puede ejercer la acción respecto de un bien sin perjuicio de que en cualquier momento se inste por alguno de los comuneros el procedimiento de división hereditaria. Formulada protesta, no se interpuso después recurso de nulidad.

Vistos los hechos desde la perspectiva en que los presenta la Sala de instancia, la posición del coheredero demandado, ocupante de la vivienda que constituye el bien principal de una herencia que de facto, salvo bienes de menor importancia, ya ha sido partida, parece dirigida a prolongar la situación, que le beneficia claramente, y perjudica a sus coherederos, por razones meramente formales, a través de la tensión entre un derecho aparente, formal, contra intereses, cuya traducción a derechos no debería ser impedida por consideraciones conceptualistas, debiendo pasar, sin necesidad de seguir un proceso de división en el juicio de testamentaría, para llegar a un resultado que ha de ser muy próximo al que se presenta ya en autos, en vista de la composición del caudal, lo que se habría de evitar aun cuando fuera por mero principio de economía procesal.

Finalmente, la infracción del artículo 1.068 del Código Civil, única entre las que se denuncian que pueda ser examinada, según se ha visto, se habría de producir proyectando el precepto a contrario sensu: la norma dispone que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, pero no hay que entender que en caso de no haberse producido la partición, los herederos no tienen la propiedad, o al menos no en todos los casos, pues, como antes se ha dicho, tal no sucede en los casos de heredero único o en los supuestos de un único bien en el caudal (supuesto al que se aproxima el de autos), además de que cabe una actuación de todos los coherederos respecto del bien (luego, en cierto modo, se les reconoce el poder de disposición propio de un derecho concreto). Razones por las cuales el motivo ha de decaer».

Dicha sentencia es fiel reflejo de la postura mayoritaria de nuestros estudiosos, pues exige que el heredero, al aceptar la herencia, adquiere la titularidad de un derecho hereditario abstracto, su cuota recae sobre el global del caudal hereditario, no sobre bienes concretos. Esto sucederá al hacer la partición y adjudicación, siendo esta nota una clara diferencia entre la comunidad hereditaria y la comunidad en general.

B) La sentencia de 21 de abril de 2003 (8) contempla el caso de adquisición de legado de cosa específica; su posesión requiere la entrega que habrá de ser pedida por el legatario.

Hace referencia a la infracción del ordenamiento jurídico y jurisprudencia de esta Sala sobre los legados de cosa específica y determinada y su entrega a los legatarios y en concreto la infracción del artículo 882 del Código Civil. Se refiere el motivo al legado de acciones de la Inmobiliaria Aramil, S. A., dispuesto por don Benedicto, hermano de los litigantes en su testamento en el que lega a sus hermanos, don José Pedro, don Claudio (éste premurió al testador), doña María Dolores, doña Melisa y doña Celestina, relativo a «las acciones de Inmobiliaria Aramil, S. A., sita en Méjico..., facultando en el último párrafo de dicha cláusula segunda a los legatarios para posesionarse por ellos mismos del legado.

Aunque la propia sentencia reconoce que los legatarios han sido autorizados por el testador para posesionarse del legado, como la demandada niega que el legado sea propiedad del testador, esta negativa obliga a que tal cuestión sea debatida estando presentes todos los herederos.

Se acude a la cita de varias sentencias, así: La sentencia de 25 de mayo de 1992 (RJ 1992/4378) ha recogido que de acuerdo con el artículo 882 del Código Civil, cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (art. 885 del CC), lo que implica que en el caso de ser varios legatarios de un mismo bien, se constituye sobre él una comunidad ordinaria sometida a las reglas de los artículos 392 y siguientes. Asimismo, ya recogió la sentencia de 19 de mayo de 1947 que la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia *sine qua non* para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada, con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos prevenidos en el artículo 882. En la misma línea, la de 29 de mayo de 1963, que aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, ello no le faculta por sí para ocupar la cosa, sino que ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado.

En este sentido, ya la Resolución de la Dirección General de los Registros, de 25 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6574) ha señalado que, tratándose de una herencia a que están llamadas diferentes personas, no puede uno solo de los llamados —sin constarle la renuncia de los demás— hacer entrega del legado de cosa específica, pues no sólo él, sino todos los herederos están grabados con el legado y sin el consentimiento de las personas gravadas *no*

---

(8) STS de 21 de abril de 2003 (RJ 2003/3719).

*podrá el legatario tomar posesión por su propia autoridad de la cosa o derechos legados.*

C) Sentencia de 21 de diciembre de 2000 (9).

El *quid* de la presente contienda judicial y que motiva el actual recurso de casación, consiste en concreto, en determinar si la situación de indivisión hereditaria impuesta expresamente por el testador —don Miguel O. E.—, sobre una determinada finca rústica debe alcanzar sólo la duración de diez años, dejando la posibilidad de prórroga cuando medie la voluntad unánime de los coherederos sobre ello, o si dicha situación de indivisión puede perdurar hasta el momento cierto pero incierto en cuanto a su acacimiento, como es el del óbito de su viuda, todo ello con la limitación que establece el artículo 1.051 del Código Civil.

Superado en ciertos aspectos y en aras de concretas ventajas económicas y sociales, el disfavor con que era contemplada la indivisión de la comunidad de bienes; no es una teoría arriesgada ni exagerada el proclamar que *dentro de las facultades dispositivas del testador, esté el de prohibir la división de los bienes hereditarios, que podrá hacerla siempre por tiempo determinado —éste es el caso—. Y sobre todo cuando así lo permite y autoriza expresamente el artículo 1051.1 del Código Civil.*

Pues bien, todo lo anterior aplicado a la presente cuestión, indica que el testador estaba en un perfecto derecho en fijar tal plazo de indivisión y ello obliga a los herederos —hijos—, a la indivisión de la finca —objeto hereditario— hasta que no se produjera el fatal hecho de la muerte de su esposa. Sobre todo cuando la finalidad de tal decisión era permitir la realización de unas obras de regadío en la finca en cuestión, que no podrían llevarse a cabo hasta que no se consolidara la propiedad mediante la extinción del usufructo correspondiente a la esposa del testador, y que serviría para dar un tanto igualatorio en la distribución de los bienes hereditarios.

Planteamiento absolutamente lógico y que va en beneficio del aprovechamiento social y económico de la tierra, y que debiera dar por supuesto que el plazo de indivisión debe durar hasta el óbito antedicho.

*Efectivamente ello es así aunque el artículo 400 del Código Civil determina la validez de un pacto de indivisión limitado a los diez años, con una prórroga convencional del referido plazo, y dentro de esta ampliación, como dentro de tal contraexcepción, ha de permitirse el establecimiento de un plazo dependiente de un hecho futuro y cierto —el óbito de una persona— como es el del presente caso, y sobre todo cuando ello tiende a un fin igualitario para todos los herederos, y para un fin de mejora económica de un rendimiento de una finca rústica, lo que haría entrar en juego lo dispuesto en el artículo 401 de dicho Código Civil.*

---

(9) STS de 21 de diciembre de 2000 (RJ 2000/9336).

Pero es más, dicha posición está colateralmente admitida y establecida en la sentencia de esta Sala de 12 de diciembre de 1958 (RJ 1958/3828), en la que se plasma la existencia de una comunidad de bienes relictos impuesta por el testador, sin otra limitación que la establecida en el artículo 1.051 del Código Civil.

D) Sentencia de 8 de mayo de 1989 (10) sobre el derecho de legítima, nos habla de su naturaleza jurídica y las diversas teorías existentes, resolviendo el caso planteado de disposición del único bien de la herencia.

Destaca su Fundamento de Derecho 5.º: *«Los anteriores hechos probados conducen a la estimación del segundo motivo del recurso que, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la “no aplicación de los artículos 807, 809 y 1.068 del Código Civil, ya que se declara válido un documento sin tener en cuenta la existencia de un derecho de legítima y la no existencia de operaciones particionales”. La solución que se dé a la cuestión planteada en el motivo depende de la postura que se adopte acerca de la naturaleza de la legítima definida en el artículo 806 del Código Civil como “porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”; la doctrina científica no se muestra unánime en esta cuestión pues mientras unos autores, partiendo de la expresión “herederos forzosos” que utilizan los artículos 806 y 807 del citado Código, entienden que se trata de una pars hereditatis, una parte alícuota del caudal hereditario con todo su activo y su pasivo, otros la consideran como pars bonorum, dada la definición del artículo 806, con la consecuencia de que el legitimario participa de todos los bienes de la herencia y ha de ser satisfecha, excepto en los casos legalmente establecidos, con bienes de la misma formando el legitimario parte de la comunidad hereditaria en tanto la herencia se halle pendiente de liquidación; finalmente, un grupo de autores que puede calificarse de minoritario la califica de pars valoris, simple derecho de crédito, de carácter personal y pagable en dinero. La sentencia de 31 de marzo de 1970 (RJ 1970/1854) establece que “en nuestro Ordenamiento jurídico, por tener dicha institución (la legítima) la consideración de pars hereditatis y no de pars valoris, es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales —arts. 829, 838, 840 y párrafo 2.º del art. 1.056 del Código Civil— que no se dan en el caso de autos”, y la de 19 de abril de 1963 (RJ 1963/2562) dice que “partiendo de la base de que la legítima es de orden público, de que no puede disponer el testador, por venir impuesta por la ley, ni hacer recaer gravamen ni limitación alguna, esto es, que ha de llegar al heredero*

---

(10) STS de 8 de mayo de 1989 (RJ 1989/3673).

legítimo con pleno dominio sobre los derechos que la integran”; de la mayoritaria doctrina científica y de la sentada en las citadas sentencias de esta Sala, se concluye el carácter de cotitular de todos los bienes hereditarios del legitimario, en tanto no se practique la partición de la herencia, en la que ha de respetarse cualitativa y cuantitativamente la legítima a cuyo pago quedan afectos, entre tanto, todos los bienes relictos, careciendo el heredero testamentario de facultades dispositivas sobre ellos en tanto subsista la comunidad sin que pueda enajenar por sí solo bienes determinados si no es con eficacia puramente condicional, o sea, subordinada al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en la partición —sentencia de 5 de julio de 1958— (RJ 1958/2537).

Dado el carácter ganancial del piso 4.º izquierda de la casa número 78 del Paseo de las Delicias, en Madrid, único bien que, al parecer, integraba esa sociedad, los derechos que sobre el mismo ostentaba la esposa doña Valeriana O. D. integran el caudal hereditario dejado a su fallecimiento, por lo que aceptada la herencia por sus herederos, sin que por el contador-partidor testamentario ni por aquéllos se haya realizado la partición de la herencia, el heredero testamentario no podía disponer válidamente de ninguno de los bienes integrantes del caudal relicto, como establece desde antiguo la jurisprudencia —sentencias de 4 de abril de 1905, 11 de abril de 1957, 20 de enero de 1958 (RJ 1958/219), 25 de noviembre de 1961 (RJ 1961/3661) y 21 de marzo de 1968 (RJ 1968/1742)—, siendo nulos de pleno derecho los actos de disposición realizados por un heredero sin la representación de los demás (sentencia de 19 de noviembre de 1929); en consecuencia, al no haberse acreditado en autos que doña Marcela D. S., legitimaria de su hija doña Valeriana, haya renunciado a sus derechos como tal a favor del heredero testamentario don Cirilo L.-P., carecía éste de poder de disposición sobre la citada vivienda al no haberse practicado la división del caudal, por lo que debe ser declarado nulo de pleno derecho el contrato de compraventa instrumentado en la escritura pública de 27 de mayo de 1982, y al no haberlo declarado así la sentencia recurrida, infringió la Sala de instancia los preceptos del Código Civil que se citan en el motivo, debiendo casarse y anularse, en este particular, la sentencia recurrida, con revocación, asimismo, de la del Juzgado de Primera Instancia. La estimación de este motivo hace innecesario el examen del tercero en que, por la misma vía procesal, se impugna el pronunciamiento desestimatorio de la acción de nulidad fundada, en este caso, en la existencia de simulación contractual».

E) Sentencia de 1 de julio de 1988 (11), sobre los derechos de los partícipes en una comunidad hereditaria, su Fundamento de Derecho 3.º: «la

---

(11) STS de 1 de julio de 1988 (RJ 1988/10370).

*actora ejercita una acción reivindicatoria del derecho real de usufructo que estima le asiste sobre bienes concretos y determinados, acción que, como es obvio, sólo puede derivar de la existencia de dicho derecho, razón por la que, como también pone de relieve la sentencia recurrida, el ejercicio de los derechos correspondientes al propietario que el artículo 490 del Código Civil concede al usufructuario de parte de una cosa poseída en común, presupone la existencia del derecho real de usufructo sobre la “cosa” en cuestión, derecho real que no se origina a favor de los partícipes en una comunidad hereditaria ni por el testamento ni por la declaración de herederos abintestato, habida cuenta de que conforme al artículo 1.068 del Código Civil sólo la participación legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados y en supuestos como el presente la de los derechos reales, lo que hace que al no derivar de la comunidad hereditaria una atribución concreta de bienes carezca, en principio, el heredero de legitimación para reivindicar dada la indeterminación de sus derechos hasta las pertinentes adjudicaciones, según ha sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala en sus sentencias, entre otras, de 10 de noviembre de 1965 (RJ 1965/5335) y 16 de septiembre de 1985 (RJ 1985/4265)».*

F) La sentencia de 18 de febrero de 1987 (12) declara que no se puede utilizar la finca por uno sólo de los partícipes, así: *«en la sentencia de instancia en aclaración de las normas que han de regir la comunidad hereditaria, por aplicación de las reglas generales sobre comunidad de bienes y el último como orientación para los litigantes sobre la forma de salir de la indivisión, por lo que es claro que la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria, excluyendo el goce o uso de los demás es ilegítimo, infringe el artículo 394 e impide la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 398...».*

G) Sentencia de 3 de febrero de 1982 (13), sobre la atribución del dominio, expresa: *«claro está que la disolución de la comunidad hereditaria en orden a su efecto de convertir el derecho abstracto en titularidades concretas sobre bienes determinados (“partición es departamento que fazen los omes entre si de las cosas que han comunalmente por herencia o por otra razón”, según palabras de la Ley Primera, Título 15 de la Partida sexta), entrañará la atribución del dominio conforme al artículo antes citado, siempre que este derecho esté verdaderamente contenido en el caudal relicto y por lo tanto presupuesta su real pertenencia al as hereditario, pues mal podría operarse*

---

(12) STS de 18 de febrero de 1987 (RJ 1987/715).

(13) STS de 3 de febrero de 1982 (RJ 1982/374).

*el fenómeno sucesorio cuando el bien concreto no forma parte del acervo transmitido (arts. 659 y 661 del CC), y es doctrina legal que para acreditar su dominio no le basta al coheredero adjudicatario con basarse en la partición, sino que es precisa la cumplida prueba de que pertenecía al causante el bien adjudicado cuya reivindicación postula».*

#### IV. LA PARTICIÓN DE HERENCIAS

De la partición se ocupan los artículos 1.051 a 1.067 del Código Civil, refiriéndose propiamente a ella, los artículos 1.068 a 1.072 tratan los efectos de la partición y los artículos 1.073 a 1.081 contemplan la posibilidad de rescindir la partición efectuada.

Con la partición se quiere convertir el derecho hereditario en abstracto en titularidades concretas sobre bienes determinados.

La causa lógica de la extinción de la comunidad hereditaria es la partición de la herencia; la partición tiene lugar por medio de la división y posterior adjudicación del activo de la herencia entre los coherederos y, en su caso, legatarios de parte alícuota. De esta forma, aquel derecho hereditario abstracto de los que son titulares los comuneros, en relación con la herencia, se convierte en un derecho hereditario concreto sobre el activo conferido a cada uno de dichos titulares.

Así lo expuso la sentencia del TS, de 28 de mayo de 2004 (14), en su Fundamento de Derecho 4.º: «El concepto de partición de herencia, sinónimo a división de la misma, es el acto —negocial o judicial— que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a los herederos de las titularidades activas que forman parte del contenido de la herencia. Con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto que tienen los coherederos sobre la herencia se transforma en derecho concreto sobre los bienes que se le adjudican a cada uno (*art. 1.068 del Código Civil*). *Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente; es decir, éstos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino que recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; es una sola comunidad sobre la universalidad de los bienes y derechos hereditarios. Los titulares, coherederos, lo son del todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos».*

Estudiaremos la misma sirviéndonos de sus Fundamentos de Derecho:

---

(14) STS de 28 de mayo de 2004 (RJ 3978/2004).

## PRIMERO

*La cuestión que en el presente proceso —ahora en trámite de casación— se ha planteado es una quaestio iuris concreta: si se puede ejercitar la actio communi dividundo respecto a un bien concreto que forma parte de un patrimonio hereditario, cuyo contenido no consta, sin haberse practicado, tras la aceptación de la herencia por los herederos, la partición de aquél y subsiguiente adjudicación de dicho bien que puede darse a todos, a varios o incluso a uno solo de los coherederos.*

*Formulada demanda de división de cosa común, al amparo del artículo 400 del Código Civil, sobre una finca del patrimonio hereditario de la fallecida doña Amparo, por unos presuntos coherederos contra otros, aunque no consta su carácter de herederos tras la aceptación de la herencia, la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 11.<sup>a</sup>, de Madrid, de 7 de marzo de 1998, revocando la dictada en primera instancia, desestimó la demanda por, esencialmente y tal como se expresa: «Estamos en presencia de un bien singular perteneciente a un patrimonio hereditario indiviso sobre el cual no consta que los actores tengan una cuota concreta de propiedad indivisa que les haya sido adjudicada en la partición de la herencia, cuya partición no han acreditado que se haya llevado a cabo y que, como hemos dicho, es presupuesto material imprescindible para la viabilidad de la acción de división que han ejercitado, porque pudiera darse el caso que realizada la partición no se les adjudicara el bien inmueble cuya división se pretende».*

*Contra ésta se ha formulado por la parte actora el presente recurso de casación, en cinco motivos: los dos primeros alegan incongruencia en la sentencia de instancia; el tercero plantea una cuestión nueva; el cuarto y el quinto se refieren al fondo de derecho material del asunto.*

## SEGUNDO

*...si se deniega la división de la finca que forma parte del patrimonio hereditario, no cabe condena a abonar la cantidad por la posesión y disfrute de la misma, por los demandados a los demandantes, de los que no se conoce —respecto a unos u otros— si van a ser adjudicatarios de aquella finca, tras la partición de la herencia.*

## TERCERO

*El motivo tercero del recurso de casación, formulado al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC por infracción del artículo 1.039 de la LEC, plantea una cuestión nueva en el proceso, nunca alegada por la parte demandante, que es la prohibición por la testadora de promover el juicio voluntario de testamentaría...*

*...En segundo lugar, no consta la necesidad del juicio de testamentaría, habiendo otros medios extrajudiciales de practicar la partición de la herencia. A esta Sala no le corresponde decir lo que deberían hacer los demandantes, pero sí ha de decir lo que no deben hacer, que es el ejercicio de la acción de división sobre una cosa concreta perteneciente al patrimonio hereditario, sin haberse practicado la partición de la herencia.*

#### CUARTO

*Los dos últimos motivos del recurso de casación se refieren directamente al fondo del asunto, es decir, la procedencia de la actio communi dividundo, pese a la falta de partición del caudal hereditario. Respecto a esta cuestión, procede declarar la postura que esta Sala estima correcta.*

*...La sentencia de 25 de mayo de 1992 (RJ 1992/4378) dice explícitamente que «en tanto no se practique la partición de la herencia, no puede hablarse de que tal finca sea objeto de una copropiedad por iguales partes entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria», y la de 6 de octubre de 1997 (RJ 1997/7356), en el mismo sentido, dice: «todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición».*

La partición, pues, sustituye la cuota que cada coheredero tiene en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva en los bienes o derechos que se la adjudican; la partición específica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero: es la teoría sustitutiva o especificativa de la partición, mantenida por la doctrina moderna y la jurisprudencia.

#### QUINTO

*Consecuencia de lo expuesto es la desestimación de los anteriores motivos, fundados en el número 4.º del artículo 1.692 de la LEC. No se ha infringido el artículo 400 del Código Civil (motivo cuarto), puesto que la actio communi dividundo que establece, procedente directamente del Derecho romano, no puede ejercitarse por quienes carecen —como los demandantes, recurrentes en casación— de un derecho de propiedad —copropiedad— sobre la finca cuya división pretenden; como se ha dicho, carecen de tal derecho, porque tienen un derecho abstracto sobre la totalidad del patrimonio hereditario, en comunidad con los demás coherederos, que no se especificará sobre la finca concreta hasta que se les haya adjudicado —si a ellos se les adjudica en todo o en parte— por la partición de la herencia.*

*La sentencia de 23 de febrero de 1995 (RJ 1995/2773), mencionada en el motivo cuarto, no plantea esta cuestión, sino la relación de una acción de división de cosa común con la colación de unas cuotas donadas y la inoficiosidad de la donación.*

*Al desestimarse el motivo anterior, tampoco puede darse infracción de los artículos 404 y 1.062 del Código Civil (motivo quinto) sobre la división no material sino económica, de la cosa indivisible, pues no cabe división de cosa, divisible o indivisible, que no es común a varios copropietarios, sino que forma parte de una comunidad hereditaria.*

*En definitiva, al desestimarse éstos y los anteriores motivos, procede no dar lugar al recurso de casación, con imposición de costas a la parte recurrente.*

Esta sentencia, de la que hemos extraído las cuestiones más frecuentes y las líneas sentadas por los estudiosos de la materia, es reflejo de lo que seguidamente vamos a exponer. ¿Qué es la partición?, ¿cuándo y cómo se debe hacer?, ¿quién puede solicitarla? Estas y otras preguntas las contestaré a continuación.

## 1. CONCEPTO

La partición es el acto de separar, dividir y repartir los bienes que forman parte de una herencia entre los herederos; la partición no tiene sentido cuando a una herencia es llamado un solo heredero, pues en este caso no hay nada que repartir, ya que todos los bienes van a ese único heredero; el presupuesto de la partición es la existencia de una comunidad hereditaria (15).

ROMÁN GARCÍA (16) dice que la partición de herencia no será otra cosa que la separación, división y repartimiento de los bienes y derechos que componen la comunidad hereditaria, liquidando la sucesión y transformando cuotas indivisas o abstractas de cada uno de los coherederos en partes concretas y materiales que se adjudican finalmente a cada uno de ellos.

El derecho a instar la partición hereditaria, y por consiguiente, a la determinación de los bienes concretos de la herencia que corresponden a cada uno de los llamados a la misma, supone un acto jurídico complejo, constituido por una serie de operaciones que implican la determinación del activo y del pasivo de la masa hereditaria, el avalúo y su liquidación, fijando el haber

---

(15) Se discute en la doctrina la naturaleza jurídica de la partición, podemos reducirlas a tres: 1.<sup>a</sup>) la que considera que la partición es un acto traslativo del dominio que cada coheredero hace a los restantes atribuyéndoles una parte de los bienes de la herencia. 2.<sup>a</sup>) para otros autores, la partición es un acto meramente declarativo conforme al cual se reconoce o declara la parte de los bienes que a cada uno de los coherederos le corresponde desde la muerte del causante; los herederos tienen, desde que aceptan la herencia, su parte correspondiente, la partición se limita a declarar esa parte. 3.<sup>a</sup>) la partición es un acto sustituto de la cuota abstracta que cada coheredero tiene sobre la herencia no dividida, a partir de la misma reciben una titularidad exclusiva sobre los bienes que se les han adjudicado. Vid. SERRANO ALONSO, E., *Manual de Derecho de Sucesiones*. McGraw-Hill, Madrid, 1977, pág. 53. Vid. ROMÁN GARCÍA, A., *op. cit.*, pág. 95 y sigs.

(16) Vid. ROMÁN GARCÍA, A., *Derecho de Sucesiones. Instituciones de Derecho Civil español*, VII, McGraw Hill, Madrid, 1999, *op. cit.*, pág. 94.

de cada partícipe y adjudicando lotes concretos de bienes. Cada una de estas fases no están exentas de serios problemas, es en estas fases donde surgirán y se sentarán las bases de una buena partición (17).

ROCA SASTRE define la partición de herencia como acto jurídico, unilateral o plurilateral, necesario e irrevocable, de naturaleza declarativa, compuesto por un conjunto ordenado de operaciones verificadas sobre ciertas bases o supuestos de hecho o de derecho, y en el cual después de determinarse el activo y pasivo de la masa hereditaria y proceder a su avalúo y liquidación, se fija el haber de cada partícipe, se divide el caudal partible y se adjudica cada lote de bienes formado a cada heredero respectivo, provocando la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados.

Si mientras el tiempo va pasando, y se van poniendo de acuerdo y aclarando los intereses en juego, es evidente que pasa más o menos tiempo y obligatoriamente la comunidad hereditaria se produce desde que hay al menos dos o más llamados a la misma. En la mayoría de los casos esta comunidad no se desea, sino que es un camino temporal en el que están afectados y lo normal es que se pida la partición y adjudicación de los bienes hereditarios. El artículo 1.051 del Código Civil expresa que: *«Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división»*.

*Pero, aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad»*. Y el 1052.1 añade:

*«Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia»*.

Sobre ello podemos citar la sentencia de 28 de junio de 2001 (18). Es claro su Fundamento de Derecho 2.º: *«siendo la partición la causa normal de extinción de la comunidad hereditaria, mediante la división y adjudicación a los coherederos del activo de la herencia, el paso previo es la partición y el punto final, la adquisición»*.

---

(17) ROMÁN GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 95. La partición hereditaria se produce por la exigencia de dividir el caudal relicto entre los coherederos, de tal modo que ello exigirá previamente un proceso de exhaustivo inventario y avalúo del activo y pasivo hereditario, la posterior evaluación del saldo, la distribución de los bienes y derechos entre los llamados y la final adjudicación de los haberes correspondientes. Esto es, en la práctica serán unas operaciones de activo y de pasivo, de hecho y jurídicas, que supondrán la correcta liquidación de la herencia, la colación de las donaciones y la posterior división y adjudicación del saldo integrado por los bienes y derechos que se distribuye entre los llamados (herederos y legatarios) en función de sus cuotas testamentarias, o en su caso la adjudicación a los herederos por ministerio de la ley.

(18) STS de 28 de junio de 2001 (RJ 2002/1463).

No se ha solicitado en el suplico de la demanda la división, material o económica, de la cosa común, la finca como único bien del haber hereditario, con lo cual la *partición y adjudicación se hará creando una copropiedad ordinaria* (romana, *pro indiviso*) regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil: así lo hizo la sentencia de 20 de octubre de 1992 (RJ 1992/8090), que dijo que la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de la herencia con expresión de las cuotas *pro indiviso* que en las mismas correspondan a cada heredero; lo que reiteran las sentencias de 25 de abril de 1994 (RJ 1994/3221) y 8 de marzo de 1999 (RJ 1999/1855) que destaca, esta última, que puede surgir una comunidad romana que puede extinguirse por la acción de división de cosa común. *Cuya adjudicación dará lugar a la adquisición de la propiedad por los coherederos, en este caso la cuota hereditaria, de lo que se le haya adjudicado.*

Y la sentencia de 6 de octubre de 1997 (19) en su Fundamento de Derecho 4.º: «*Conocida es la jurisprudencia según la cual, producido el hecho sucesorio, todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados, mientras que no haya partición, y si en la partición se adjudica algún bien proindiviso, pasan a ser titulares en copropiedad.*

*Conocida y reiterada es también la jurisprudencia, según la cual ningún comunero o coheredero puede vender bien alguno mientras no se le adjudique en la partición, y caso de hacerlo, la venta es nula por falta de poder de disposición. Así lo proclaman las sentencias de 14 de octubre de 1991 (RJ 1991/6921), 23 de septiembre de 1993, 31 de enero de 1994 (RJ 1994/642) y 25 de septiembre de 1995 (RJ 1995/6669), entre otras».*

## 2. CLASES DE PARTICIÓN

La partición de la herencia es el reparto de los bienes del fallecido entre los herederos en proporción a la cuota que a cada uno de ellos corresponde. La partición deberá hacerse una vez que se ha acreditado con el testamento o con la declaración de herederos quiénes son las personas con derecho a la herencia y una vez que dichas personas han aceptado la herencia (20).

¿Qué tipos de partición hereditaria existen?

La partición de la herencia puede ser de tres tipos: a) voluntaria; b) judicial; c) realizada por contador-partidor.

---

(19) STS de 6 de octubre de 1997 (RJ 1997/7356).

(20) Sobre la partición y ejemplos prácticos, podemos ver algunos formularios en ERNESTO DE LA ROCHA GARCÍA, *La herencia y la partición*, Comares, Granada, 1999.

A) *Voluntaria*

Se entiende por *partición voluntaria* aquella que efectúan todos los herederos de común acuerdo. Puede formalizarse en documento privado, pero es conveniente efectuarla en escritura pública ante Notario, siendo necesario hacerla en escritura ante Notario cuando en la herencia existen bienes (por ejemplo, inmuebles) inscribibles en los distintos registros públicos. La escritura de partición puede realizarse en la Notaría que libremente elijan los herederos y requiere que la escritura de partición *la firmen todos los herederos*, personalmente o por medio de apoderado.

También la puede efectuar el propio testador conforme dispone el artículo 1.056, apartado 1 del Código Civil: «*Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*».

Se discute si los coherederos pueden acordar una división o partición distinta de la realizada por el causante; habrá que interpretar la voluntad del testador de modo que es clara su voluntad de que los coherederos pasen ineludiblemente por el reparto por él efectuado, no podrán aquéllos variarla; en los demás casos, y salvo prohibición expresa del testador, podrán los coherederos hacer otra.

B) *Judicial*

Si los herederos no se ponen de acuerdo sobre cómo repartir los bienes del fallecido, deberán acudir al Juez de Primera Instancia para que se realice una *partición judicial*.

La partición judicial es subsidiaria a todas las anteriores, a ella se refiere el artículo 1.059 del Código Civil, cuando dispone que: «*Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la LEC*», que será con sujeción a lo establecido en los artículos 782 y siguientes de la misma. La partición judicial tiene una naturaleza subsidiaria o subordinada a las otras formas de partición extrajudicial o mixta, por consiguiente, cuando la partición se llevó a efecto por el testador o existe contador partidor designado por el testador, herederos o por el juez (contador dativo) no cabe acudir a la partición judicial.

En este caso, el Juez designará un Perito para que forme el cuaderno particional con el reparto de los bienes de la herencia (21). La demanda de este

---

(21) Vid. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «Los procesos para la división judicial de patrimonios», pág. 1563 y sigs., en la obra LEC comentada, coordinada por J. Marina Martínez-Pardo y D. Loscertales Fuertes, Vol. II. SEPIN, Madrid, 2000.

proceso es llamada impropia «solicitud». Para su redacción y contenido deben exponerse como hechos el fallecimiento del causante; si se otorgó testamento o si se ha procedido a la declaración de herederos abintestato; identificación de todos los herederos y legatarios de parte alícuota y sus respectivos domicilios; inexistencia de nombramiento de contador-partidor, comisario o albacea equivalente que pudiera realizar extrajudicialmente la partición; el patrimonio pendiente de división y distribución, junto con las operaciones a realizar, así como los fundamentos jurídicos y la súplica correspondiente (22).

### C) *Por contador-partidor*

Por último, la partición puede hacerla una persona denominada *contador-partidor*, que puede ser un contador-partidor testamentario o dativo. Contador-partidor testamentario es aquel que ha sido nombrado con tal carácter por el testador en el testamento para que realice la partición de la herencia. El contador-partidor dativo es el nombrado por el Juez a solicitud de los herederos que representen al menos el 50 por 100 del haber hereditario. La partición de la herencia realizada por el contador-partidor requerirá, una vez hecha, la aprobación del Juez.

El nombramiento de contador-partidor, sea testamentario o dativo, evita la necesidad de efectuar una partición judicial, que siempre requiere más tiempo e implica mayores gastos.

## 3. FORMA DE HACER LA PARTICIÓN

### a) *Quiénes tienen que intervenir y firmar ante Notario la escritura pública*

#### \* *Supuesto normal:*

- Si hay testamento: todos los herederos y legatarios, así como los que tienen derecho a legítima, se les adjudique algo o no en el testamento.

---

Vid. *Ibidem*, TORIBIOS FUENTES, F. y VELLOSO MATA, M. J., *Manual práctico del nuevo proceso civil*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 267 y sigs.

El proceso para la división de la herencia sustituyó a los juicios de testamento y abintestato. La normativa se recoge en los artículos 782 y sigs. de la LEC.

Sobre el procedimiento judicial y sus trámites puede verse SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La división judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, pág. 499 y sigs., en especial pág. 563 y sigs.

(22) Solicitada la división judicial se acordará, cuando se hubiese solicitado y resultase procedente, la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario. Y practicadas dichas actuaciones o cuando no fuesen necesarias, el trámite que corresponde es el de la convocatoria de la Junta de Coherederos.

- Si no hay testamento: todos los que sean herederos, según la declaración de herederos. En el reparto de la herencia no actúa el sistema de mayorías, sino el de unanimidad. Si uno de los interesados no está de acuerdo y no quiere firmar la escritura, no es posible formalizar una partición que podría llamarse «por mayoría de votos», sino que hay acudir al juez.

Es frecuente que la familia esté dispersa y sea difícil reunir a todas estas personas. En este caso, tras ponerse de acuerdo sobre cómo se va a realizar la partición, se suele dar un poder notarial a otro de los herederos o a otra persona para que lo haga en su nombre.

*\* Casos especiales: el contador-partidor:*

El testador puede designar a una persona en el testamento que haga la partición. Esta persona es la encargada, dentro de la parte de la herencia que corresponde a cada heredero, de decir qué bienes se adjudican a cada cual. Su labor es muy útil, ya que si no hay acuerdo entre los herederos, podrá ella realizar la partición y evitar tener que acudir al juez.

Si el fallecido estaba casado en régimen de gananciales, hará además, con el cónyuge viudo, la liquidación de la sociedad conyugal (es decir, determinará qué bienes corresponden al viudo por su mitad en esta sociedad, y cuáles son la herencia del fallecido).

Es aconsejable, de todas formas, para evitar reclamaciones, que el contador-partidor consiga el acuerdo unánime de todas las personas que antes veíamos que tienen que intervenir en la partición, y que, por tanto, a la escritura de partición acudan el contador-partidor y todos ellos, pero en ningún caso este acuerdo es imprescindible. El contador-partidor puede firmar él sólo la escritura de partición, salvo que el fallecido estuviera casado y tuviera patrimonio ganancial, en cuyo caso el viudo o viuda habrá también de firmar, pero no los herederos.

b) *Cómo se hace la partición de la herencia*

Se procederá a realizar una serie de actos que recogemos en el apartado siguiente, y que brevemente serían:

1. Actos previos: el reparto de los bienes gananciales y la colación de donaciones (23).

---

(23) El reparto de los bienes gananciales: si los cónyuges no están casados en régimen económico de separación de bienes, los bienes que se compraron durante el matrimonio son gananciales, es decir, de los dos. Al fallecer uno de ellos, hay que determinar qué bienes se queda en propiedad el viudo y cuáles quedarán para la herencia del fallecido.

2. La partición: una vez hecho lo anterior, se sabe qué es lo que hay en la herencia, se tiene que repartir entre los herederos según la parte que tiene cada uno. Los herederos tienen que estar todos de acuerdo sobre los lotes de bienes que le corresponden a cada cual. Si el testador determinó a quién iba a parar alguno o todos los bienes, hay que respetar su voluntad.

Aunque el cuaderno particional se puede hacer de forma privada, resulta más práctico y cómodo hacer todas las operaciones anteriores en una sola escritura de partición, consiguiendo así el asesoramiento del Notario. Además, el cuaderno particional firmado privadamente se eleva más adelante a escritura pública (24).

3. Falta de unanimidad entre los herederos: para formalizar la escritura es preciso que todos los interesados presten su consentimiento. Si ello no es posible, hay que acudir al juez, bien para que nombre un contador-partidor judicial, que reparta los bienes de manera obligatoria entre los herederos (solución que no siempre es posible), bien para embarcarse en un pleito sobre la materia. Ambas soluciones son caras y poco deseables, y tienen costes no únicamente económicos, sino también personales, por lo que siempre se ha de intentar un acuerdo que las evite.

---

Esto se suele hacer al mismo tiempo que la partición y en la misma escritura de herencia, puesto que tienen que participar las mismas personas (el viudo y los herederos).

(24) ¿Cómo se hace la partición?

Tanto si la partición se hace en documento privado como si se formaliza en escritura pública otorgada ante Notario, ha de formarse por los interesados un cuaderno particional. El cuaderno particional se divide habitualmente en los siguientes apartados:

a) Comenzará con unos antecedentes en los que se reseñarán las circunstancias personales y familiares del difunto (fecha y lugar de fallecimiento, domicilio habitual en el momento de fallecer, estado civil, existencia o no de descendientes y ascendientes...) y los datos del testamento o, en defecto de éste, de la declaración judicial o notarial de herederos intestados.

b) A los antecedentes seguirá el inventario del activo y del pasivo, en el que se mencionarán separadamente los bienes y derechos integrantes del activo y las deudas integrantes del pasivo, en ambos casos con indicación de su respectivo valor.

c) El tercer apartado será el referente a la liquidación de la herencia y, en su caso, de la sociedad de gananciales, en el que se sumará y se expresará el valor de todas las partidas del activo y de todas las partidas del pasivo, y se determinará el valor neto de la masa hereditaria restando del activo el importe del pasivo. Igualmente se indicará en este apartado el valor de la cuota correspondiente a cada uno de los herederos y, en su caso, el valor de la cuota correspondiente al viudo o la viuda por la liquidación de la sociedad de gananciales.

d) Finalmente, se incluirá un último apartado en el que se reseñarán las adjudicaciones que se hagan a cada uno de los interesados.

c) *Personas legitimadas para pedir la partición*

El Código Civil dicta una serie de reglas sobre esta posibilidad o facultad que asiste a ciertos sujetos para solicitar que se lleven a cabo las operaciones particionales.

Así el artículo 1.051 del Código Civil comienza diciendo que: «*Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia...*», por ello, el heredero no sólo tendrá capacidad para solicitar, en cualquier momento, la partición de la herencia, sino derecho efectivo a hacerlo, que está asistido de una acción civil especial, pudiendo pedirlo en cualquier momento, conforme al artículo 1.052 (25).

Si se ha fijado una condición, el artículo 1.054 dispone: «*Los herederos bajo condición no podrán pedir la partición hasta que aquélla se cumpla. Pero podrán pedirla los otros coherederos, asegurando competentemente el derecho de los primeros para el caso de cumplirse la condición; y, hasta saberse que ésta ha faltado o no puede ya verificarse, se entenderá provisional la partición*». Y si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos, dejando dos o más herederos, bastará que uno de éstos la pida; pero todos los que intervengan en este último concepto deberán comparecer bajo una sola representación (1055).

Si hay menores el artículo 1.060 señala que: «*Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial*».

El defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

d) *¿Quién debe hacer la partición si el heredero es menor de edad o está incapacitado judicialmente?* (26)

Si el heredero es menor de edad, estará representado por sus padres en la aceptación y en la partición de la herencia, y si está incapacitado judicialmente estará representado por sus tutores.

---

(25) Artículo 1.052: Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia.

Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos.

(26) Hay que tener presente los siguientes artículos del Código Civil:

Artículo 1.056.—Cuando el testador hiciera, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.

El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una so-

Los padres pueden aceptar libremente una herencia en nombre de sus hijos menores de edad, sin necesidad de autorización judicial, pero la aceptación se hará siempre a beneficio de inventario.

Para que los padres puedan renunciar a una herencia que corresponde a uno de sus hijos menores, necesitarán autorización judicial, a menos que el hijo tenga dieciséis años y preste su consentimiento a la aceptación en escritura pública.

Los tutores pueden aceptar, a beneficio de inventario, la herencia de la persona sujeta a tutela, pero necesitarán autorización judicial para aceptarla pura y simplemente o para renunciar a la herencia.

Los padres pueden intervenir libremente en una partición de herencia en la que uno de sus hijos menores sea heredero. Por el contrario, los tutores deberán someter la partición hereditaria a la aprobación de juez una vez que haya sido hecha.

---

ciudad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legítimo podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.

Artículo 1.057.—El testador podrá encomendar por *acto inter vivos o mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.

No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Juez, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de Peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas; pero el contador partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.

Artículo 1.058.—Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.

Artículo 1.059.—Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que le ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 1.060.—Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial.

El defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

e) *¿Cómo se entregan los legados?*

En el caso de que existan legados testamentarios, la entrega de los bienes legados al legatario deben hacerla los herederos nombrados en el testamento, y a éstos deberá dirigirse el legatario para solicitar la entrega.

Esto no obstante, si el testador ha autorizado en el testamento al legatario a tomar por sí solo posesión de la cosa legada y no existen legitimarios, dicho legatario podrá hacerse cargo de los bienes legados sin necesidad de intervención de los herederos.

## V. OPERACIONES PARTICIONALES

El Código Civil contiene escasas indicaciones sobre la estructura general de una partición, pero relativo a esta materia hay una práctica muy extendida, según la cual se ha de crear el denominado «cuaderno particional», que no es otra cosa que la relación de actividades que el partidor ha tenido que realizar para proceder a repartir los bienes de la herencia entre los coherederos (27). Un cuaderno particional comprende, tras la exposición de antecedentes, como operaciones particionales propiamente dichas, y según la enumeración usual, el inventario, el avalúo, la colación, la liquidación y la adjudicación.

Tras la fijación de los bienes que componen la masa hereditaria (inventario), su valoración (avalúo) —que puede presentar serios problemas entre los herederos y sobre todo si hay que mejorar o hacer distinciones entre los herederos— se procede a comprobar los gastos y deudas existentes, tanto del causante como las que se deriven posteriormente a costa del caudal hereditario (liquidación), finaliza con el reparto de bienes que cubran la cuota de valor correspondiente a cada heredero (adjudicación).

La mayoría de las ocasiones la herencia y su reparto, sobre todo si se ha indicado por el testador, no suele plantear problemas. Ahora bien, también

---

(27) *¿Qué documentos son necesarios para la partición?*

Para realizar la partición voluntaria en escritura pública deberán entregarse en la Notaría los siguientes documentos:

- a) El testamento o la declaración de herederos.
- b) Certificado de Últimas Voluntades.
- c) Certificado de defunción del fallecido.
- d) Títulos de propiedad de los bienes del fallecido (inmuebles, acciones, derechos de propiedad intelectual o industrial, créditos a su favor, etc.), ya se trate de escrituras públicas o de documentos privados.
- e) Recibo de contribución o cédula parcelaria de los inmuebles.
- f) Certificados bancarios que acrediten el dinero en efectivo o las participaciones en fondos o depósitos financieros de cualquier tipo de que era titular el fallecido.
- g) Documentos de cualquier tipo de los que resulten las deudas y cargas de la herencia.

son muchos los casos de disputas familiares por temas hereditarios, sobre todo a la hora de valorar los bienes hereditarios, o cuando hay un solo bien que partir o cuando estamos ante persona casada bajo el régimen de gananciales, lo que obliga a disolver y liquidar previamente dicha sociedad de gananciales, y puede plantearse otro problema de adjudicación de bienes privativos o gananciales que determinará el inventario de la herencia.

Brevemente expondré el mecanismo normal de estas operaciones, para detenerme en algún caso puntual tratado por nuestra jurisprudencia.

## 1. INVENTARIO

Lo primero que hay que saber es cuáles son los bienes partibles, con expresión de las cargas o gravámenes que cada uno de ellos tenga (28). Se identifican y enumeran los bienes (29). Generalmente se agrupan en dos categorías: una sobre los bienes muebles y otra sobre los inmuebles.

La sentencia de 3 de febrero de 1982 (30), antes citada, sobre el inventario de bienes, señala: «*Que tal criterio jurisprudencial es igualmente aplicable al supuesto de las operaciones divisorias practicadas en el juicio sucesorio aun por lo que atañe a los convocados al mismo, porque si una ya añeja sentencia había advertido que el inventario “no es el medio legal de poner en cuestión y de perturbar los derechos de que se hallan en posesión y tranquilo goce terceros interesados”, la de 7 de febrero de 1969 (RJ 1969/652), que a su vez invoca la de 3 de diciembre de 1928, ha declarado que la aprobación judicial recaída en un juicio de testamentaría “no varía la naturaleza del acto particional y es sólo el medio de poner fin al proceso cuando los interesados no impugnan dichas operaciones o las consienten”, por lo*

---

(28) Se deben determinar las deudas pendientes del causante, detallando las circunstancias e importe de cada una de ellas; entre las deudas deben incluirse los gastos originados por la partición.

Se procederá a satisfacer las deudas; el activo resultante constituye la herencia que ha de repartirse entre los coherederos.

(29) Vid. RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Tomo I, Dykinson, Madrid, 1989, pág. 19, sobre el contenido de la herencia.

¿Qué bienes se incluyen en la herencia?

La herencia de una persona fallecida está integrada por sus bienes privativos y por la mitad de los gananciales.

Con carácter general, puede decirse que son bienes privativos los que el fallecido adquirió por cualquier título antes de casarse y los recibidos posteriormente por herencia o donación.

Son bienes gananciales los adquiridos por compra por el fallecido, una vez contraído el matrimonio o mediante cualquier otro contrato de carácter oneroso. El dinero existente, en el momento del fallecimiento, se presume ganancial, salvo que se pueda demostrar que pertenecía privativamente a uno sólo de los cónyuges en todo o en parte.

(30) STS de 3 de febrero de 1982 (RJ 1982/374).

que “no tiene el carácter de cosa juzgada y es susceptible de ser impugnada la división por los en ella perjudicados ... en los dos supuestos a que se refiere el artículo 1.081 de la Ley Procesal, dado que este silencio y la pérdida del trámite para impugnar la partición no revela conformidad con la misma ni impide el juicio declarativo correspondiente”».

## 2. AVALÚO

Es la tasación o valoración de cada uno de los bienes que figuran en el inventario. Normalmente se tiene en cuenta el valor de mercado de los bienes, o bien en todo caso se siga un mismo criterio para todos los bienes (31).

Se discute si el valor de los bienes ha de hacerse con referencia al momento de la muerte del causante o al de realización de la partición, no hay norma expresa y clara que resuelva la cuestión. El Código Civil en su artículo 1.074 parece acudir al momento de la partición (32), al referirse al momento de la adjudicación de bienes.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de enero de 2008 (33), atiende al valor de mercado de los bienes hereditarios al tiempo de practicarse la partición.

La sentencia de 22 de febrero de 2006 (34), sobre valoración de los bienes colacionables, acude al estado físico al tiempo de la donación, pero conforme

---

(31) ¿Cómo se valoran los bienes de la herencia?

Los herederos pueden atribuir a los bienes integrantes de la herencia el valor que libremente decidan, pero deben tener en cuenta que, a efectos fiscales, prevalecerá siempre el valor que les atribuya la Hacienda Pública. Por ello, es conveniente que los herederos atribuyan a los bienes y derechos integrantes de la herencia un valor real y objetivo.

Si se trata de inmuebles habrá que partir del valor catastral de los mismos, y en el caso de que exista un valor fiscalmente comprobado de tales bienes, será conveniente expresar éste. En el Territorio Histórico de Gipúzcoa el valor de los bienes inmuebles urbanos a efectos fiscales viene determinado por el Decreto Foral 6, de 26 de enero de 1999, que establece los valores de dichos inmuebles para cada municipio según su tipo, situación, antigüedad, superficie y demás características. De esta manera, se puede saber antes de realizar la partición de la herencia el valor fiscal exacto de los inmuebles urbanos.

Si se trata de vehículos, el valor de los mismos a efectos fiscales está determinado por Hacienda mediante unas tablas que publica periódicamente y que atienden a la tipología y antigüedad de los vehículos.

Si se trata de cuentas bancarias, depósitos financieros, fondos de inversión y cualesquiera otros productos financieros de los que habitualmente ofertan las entidades de crédito, el valor de los mismos se acreditará mediante certificación bancaria expedida por la propia entidad de crédito expresiva de su saldo o valor.

(32) Artículo 1.074 del Código Civil: «Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas».

(33) STS de 29 de enero de 2008 (RJ 2008/229).

(34) STS de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006/900).

al valor que les corresponda al momento en que se evalúen los bienes hereditarios a su partición.

La sentencia de 14 de diciembre de 2005 (35) determina que el valor de los bienes que integran el acervo hereditario hay que referirlo a la época en que haya de llevarse a cabo la adjudicación (error en la valoración de los bienes al computar su valor en la fecha del fallecimiento y no al tiempo de la liquidación).

La sentencia de 25 de noviembre de 2004 entiende de obligada referencia el valor de las cosas de la totalidad del acervo hereditario al tiempo de su adjudicación (36), así el artículo 1.061 tiene un carácter facultativo y no imperativo, pues la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso, sin que sea precisa una igualdad matemática y absoluta, sin embargo ello no puede significar, y sería contrario al espíritu que preside el Código Civil con relación a la partición de la herencia, que al cobijo de esa facultad se formen lotes absolutamente desproporcionados respecto a las fincas que los integran...: El artículo 1.061 establece la igualdad, en el supuesto de que sea posible, en la realización de los lotes, lo que ha sido interpretado por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la partición ha de estar presidida por un criterio de estricta equidad. Igualmente, se condiciona la posibilidad de igualdad por las circunstancias de cada caso; y se ha sentado que la infravaloración de los bienes no vulnera el artículo 1.061 cuando la valoración por bajo de su valor se aplica con el mismo baremo a todos los bienes.

O la sentencia de 21 de marzo de 1985 en cuanto al valor de los bienes o terrenos en cuenta, será el que les corresponde al tiempo en que sean puestas a disposición del agraviado y no el que tuviera cuando se practicó la partición.

Es preciso la formación de lotes, de forma diversa, según las participaciones o cuotas de los coherederos en el caudal partible sean iguales o diferentes. Si son iguales se puede proceder a su adjudicación mediante sorteo o elección. Si son diferentes, a la formación de lotes debe preceder la determinación de haberes que consiste en señalar la cifra de valor que corresponde a cada partícipe y el concepto por el cual se le asigna.

a) *Observar la máxima igualdad*

La máxima igualdad se desea por el Código Civil al decir su artículo 1.061: «*En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igual-*

---

(35) STS de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006/300).

(36) STS de 25 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7252).

dad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie» (37).

Si bien esa igualdad debe hacerse conforme a la composición objetiva de la herencia (38).

La sentencia del TS, de 25 de junio de 1977 (39), en cuanto a la formación de porciones, indica que depende de las circunstancias concurrentes en cada caso y de la naturaleza de lo que se reparta, sin que sea precisa la existencia de una igualdad matemática y absoluta. Su Considerando primero es claro: «aun cuando el artículo 1.061, antes citado, establezca que en las operaciones de esta índole debe guardarse la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los herederos, bienes de la misma naturaleza, calidad o especie, sin que sea posible asignarlos exclusivamente a uno de ellos con la obligación por su parte de abonar a los demás en metálico la participación que les correspondiera —sentencia de 14 de diciembre de 1957 (RJ 1957/534) y Resolución de la Dirección General de los Registros de 2 de diciembre de 1964 (RJ 1964/5928)—, no es posible olvidar que esta norma legal tiene un carácter facultativo más que imperativo, dependiendo la formación de las porciones de las circunstancias concurrentes en cada caso y de la naturaleza de lo que se reparta, sin que sea precisa la existencia de una igualdad matemática y absoluta —sentencias de 13 de junio de 1970 (RJ 1970/3112) y 8 de febrero y 30 de noviembre de 1974 (RJ 1974/484 y RJ 1974/4554)».

b) *Adjudicación de un bien por entero a un heredero*

El artículo 1.062 del Código Civil: «Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno sólo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga».

La misma sentencia, antes citada, permite adjudicar un bien perteneciente a la herencia a uno sólo de los partícipes a calidad de que abone a los otros el exceso de dinero, cuando la cosa de que se trate «sea indivisible o desmerezca mucho por su división», pero no, cuando como aquí sucede, tales requisitos no concurren.

En la misma línea, la sentencia de 9 de junio de 1949 (40), se trata con la división que ésta no conduzca a un excesivo y perjudicial fraccionamiento,

---

(37) Vid. CARRASCO PERERA, «Comentario a la sentencia de 21 de marzo de 1985», en *CCJC*, núm. 8 (abril-agosto de 1985), pág. 2535.

(38) Vid. BUSTO LAGO, J. M., *Derecho de Sucesiones. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, Thomson, Pamplona, 2007, en concreto pág. 372 y sigs.

(39) Sentencia de 25 de junio de 1977 (RJ 1977/3015).

(40) Sentencia de 9 de junio de 1949 (RJ 1951/89).

pues en estos supuestos en los que puede influir la existencia de gran número de heredades que dificulte la adjudicación a cada uno de participación en los diferentes bienes de la herencia, la ley quiere que se evite la excesiva división y que se adjudique íntegramente a alguno de los herederos los bienes en que concurren los supuestos dichos, con obligación de abonar el adjudicatario a los otros herederos el exceso en dinero, y así entendido el mandato de la Sala sentenciadora no excluye la posibilidad de que si alguna finca no ofrece fácil y recomendable división, se adjudique íntegra a alguno de los herederos, pues sólo marca una orientación que los contadores habrán de seguir, atendidas las circunstancias concurrentes para llevar a efecto una distribución equitativa y, en consecuencia, conveniente para todos los interesados.

La sentencia de 16 de febrero de 1998 (41) en el Fundamento de Derecho 5.º señala que: *«El expresado submotivo no puede tener favorable acogida, por las razones que a continuación se exponen. La igualdad cualitativa que, para toda partición de herencia, establece el artículo 1.061 del Código Civil (aplicable a la liquidación de una sociedad de gananciales por la remisión que hace el art. 1.410 de dicho Cuerpo legal) ha de entenderse siempre sobre la base de que dicha igualdad “sea posible”, como el propio precepto proclama, posibilidad que, indudablemente, no concurre cuando, en el patrimonio partible, solamente exista un bien de naturaleza inmueble y éste, además, sea indivisible o desmerezca mucho por su división, pues en dichos supuestos el precepto aplicable es el artículo 1.062 del mismo Código, con arreglo al cual el referido bien inmueble podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, si ninguno de ellos ha pedido su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños. En el presente supuesto, la vivienda litigiosa, además de ser de reducidas dimensiones (ocupa solamente una superficie de noventa metros cuadrados de solar y consta únicamente de bajo y un piso), está construida para servir exclusivamente de vivienda unifamiliar (en la totalidad de sus dos referidas plantas solamente dispone de una cocina, un comedor, cuatro dormitorios y un cuarto de baño), por lo que su división en dos viviendas independientes (una, el piso; y otra, el bajo), en régimen de propiedad horizontal, como ahora pretende la recurrente, es prácticamente inviable en las referidas condiciones arquitectónicas de dicho inmueble, lo que justifica plenamente que la sentencia aquí recurrida, como antes la de primera instancia, haya considerado ajustada a Derecho la adjudicación que el contador dirimente ha hecho de la titularidad dominical al esposo (sin que, además, haya sido reconocido crédito alguno en favor de éste por el suelo en el que está construida la expresada vivienda, que era privativo suyo), con la correspondiente compensación económica en favor de la esposa, que, por otro lado, es lo que ésta*

---

(41) Sentencia de 16 de febrero de 1998 (RJ 1998/868).

vino pidiendo durante la tramitación de las operaciones liquidatorias de la sociedad legal de gananciales. Por todo lo expuesto, el motivo primero ha de ser desestimado, en los dos apartados o submotivos del mismo, a que anteriormente nos hemos referido».

### 3. COLACIÓN

Para determinar el activo patrimonial que constituye la herencia del causante, hay que atender tanto a los bienes existentes en su patrimonio en el momento de su muerte como a los que durante su vida entregó a alguno de sus herederos forzosos, tomar en consideración estos bienes significa realizar su colación (42).

Cuando se han hecho donaciones por los padres a los hijos en vida, la ley entiende que se han hecho como anticipo de la herencia y que habrá que tenerlo en cuenta, para que esos hijos reciban de menos en la herencia el valor de lo que se les ha donado (43). Es decir, la ley considera que si un padre ha regalado algo a un hijo, no ha sido porque quiera mejorarle, sino porque ha querido darlo en parte de la herencia en vida, de manera que lo regalado al hijo deberá computarse para hacer los lotes entre todos ellos. Esto no obstante, la colación no se produce cuando el padre o madre dispusieron lo contrario al hacer la donación.

El artículo 818 del Código Civil dispone: «*Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.*

*Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables».*

Y el artículo 1.063: «*Los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia o negligencia».*

---

(42) A la masa hereditaria ha de sumarse también el valor de los *bienes colacionables*, que son aquellos bienes donados en vida por el fallecido a algún legitimario (un hijo, por ejemplo) y cuyo valor debe ser tenido en cuenta a la hora de hacer la partición para que el donatario reciba de menos en la partición una cantidad igual a lo que ya recibió en vida por donación.

Vid. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Computación, imputación y colación de donaciones en la sucesión mortis causa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

(43) Vid. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «Sucesión hereditaria: colación de bienes», en *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 1, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.

Vid. *Ibidem*, DE LOS MOZOS, J. L., *La colación*, Madrid, 1965.

El TS, en sentencia de 19 de julio de 1982 (44), en su Considerando 3.º expresa: «*Que la colación de bienes, como operación previa a la partición de herencia, definida en el artículo 1.035 del Código Civil en su sentido estricto, tiene una acepción más amplia, referida a la agregación numérica que hay que hacer a la herencia del valor de todas las donaciones hechas por el causante a los efectos de señalar las legítimas y para averiguar si son inoficiosas, acepción contemplada por el artículo 818 del dicho Código, así en su antigua como en la vigente redacción; operación de colacionar que no lleva consigo ningún desplazamiento de bienes, limitándose a ser una modificación de las proporciones en que es adjudicado el caudal relicto; en cambio, el cálculo de la legítima lleva como consecuencia la posible reducción de legados y donaciones; por consiguiente, la colación implica una ordenación típica basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia, en tanto el causante no dispense de ella, siempre dejando a salvo el régimen de legítimas, lo que lleva consigo que la imputación, precisa para determinar las legítimas, se impone incluso sobre la voluntad del testador, como se deduce del artículo 1.036 del mismo Código Civil; cediendo, por tanto, el sistema de alteración puramente contable a través de adjudicaciones compensatorias en las cuotas, propio de la colación, al sistema de compensación en especie, también seguido para la colación (arts. 1.047 y 1.048), pero esencial en la imputación para fijación de las legítimas (arts. 820 y 821)*».

*Para que surja la obligación de colacionar es preciso:*

1.º *Que a la sucesión concurren varios herederos forzosos, bien por derecho propio, bien por derecho de representación; en este último supuesto, el representante aportará lo que el representado hubiese tenido que colacionar.*

2.º *Que alguno de los coherederos haya recibido del causante, antes de su muerte, bienes de cualquier tipo en concepto de dote, donación; es decir, por título lucrativo; por lo tanto, lo que hubiese recibido a título oneroso no se colaciona.*

3.º *Que el causante no haya excluido la colación; por eso, el artículo 1.036 dispone que: «La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo en el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa»; si el causante no dice nada, se entiende que la donación o dote efectuada debe colacionarse; para que el coheredero no tenga que colacionar lo recibido, es preciso que el testador así lo establezca.*

---

(44) STS de 19 de julio de 1982 (RJ 1982/4256).

## ¿CÓMO SE CALCULA LA LEGÍTIMA?

Las legítimas no se calculan simplemente con referencia a los bienes que quedan al fallecimiento del testador. Por una parte, es claro que ha de tratarse de un valor líquido, por lo que es preciso deducir las deudas y cargas. Por otra parte se ha de tomar en consideración las donaciones que el causante hubiera hecho en vida, pues aparte del carácter gratuito de esta salida del patrimonio, hay que tener en cuenta que resultaría extraordinariamente fácil burlar la legítima haciendo donaciones (tanto a extraños como a legitimarios).

Es decir: Masa Hereditaria + Donaciones – Deudas y Cargas = Legítima (45).

En un caso en que procede la reducción de una donación efectuada, dice la sentencia de 29 de mayo de 2006 (46): *«que antes de proceder a la reducción de la donación, por imperativo del artículo 820 del Código Civil, ha de procederse a la imputación a los tercios en que idealmente se divide la herencia. Dice el mismo: “Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: 1.º Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas». El artículo 819, precepto inmediatamente anterior al 820, preceptúa que las donaciones hechas a legitimarios, que no tengan el concepto de mejora, se imputarán a su legítima, y las hechas en favor de extraños, a la parte libre de la que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. Termina el 819 con la siguiente regla: “En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes”. Esta regla ha de aplicarse tanto a la donación en favor de legitimarios como de extraños, por lo que si la efectuada a los primeros excede de su cuota legitimaria, en el exceso deben ser tratados como extraños, en otras palabras, que el mismo ha de imputarse a la parte de libre disposición, y es el exceso sobre ésta el que será objeto de reducción”».*

## 4. LIQUIDACIÓN

Si se quiere repartir un activo neto, deducido el pasivo del causante y de la herencia, será preciso establecer cuáles son las deudas hereditarias y descontarlas del activo bruto: esta operación es la liquidación.

---

(45) Ejemplo cálculo legítima de los hijos = 2/3 del haber hereditario.

En una herencia donde los bienes del fallecido valen 1.000, habiendo donado a un extraño 300 y con un pasivo de 100, sumamos el *relictum* (1.000-100) a la donación (300), lo que hace un total de 1.200. La cuota de los hijos por tanto es de 800, y el tercio libre, de 400.

(46) STS de 29 de mayo de 2006 (RJ 2006/3343).

El artículo 1.064 del Código Civil dispone: «*Los gastos de partición, hechos en interés común de todos los coherederos, se deducirán de la herencia; los hechos en interés particular de uno de ellos, serán a cargo del mismo*».

## 5. ADJUDICACIÓN

Consiste en atribuir los lotes a los coherederos de tal modo que el respectivo «haber» quede cubierto y satisfecho.

Desde la entrega de los lotes se adquiere la propiedad de lo recibido por herencia.

Hay que tener en cuenta los artículos 1.065: «*Los títulos de adquisición o pertenencia serán entregados al coheredero adjudicatario de la finca o fincas a que se refieran*». Y el 1.066: «*Cuando el mismo título comprenda varias fincas adjudicadas a diversos coherederos, o una sola que se haya dividido entre dos o más, el título quedará en poder del mayor interesado en la finca o fincas, y se facilitarán a los otros copias fehacientes, a costa del caudal hereditario. Si el interés fuere igual, el título se entregará, a falta de acuerdo, a quien por suerte corresponda*».

*Siendo original, aquél en cuyo poder quede deberá también exhibirlo a los demás interesados cuando lo pidieren*».

Aparte, naturalmente, de facilitárseles copia fehaciente a costa del caudal.

Y el artículo 1.067: «*Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber*».

La sentencia de 17 de diciembre de 2007 (47) dispone:

*«...también tiene declarado esta Sala con reiteración que hasta que no se efectúe la partición no adquieren los herederos la propiedad exclusiva de ningún bien hereditario (sentencias de 31 de enero de 1994 [RJ 1994/642], 3 de junio de 2004 [RJ 2004/4416] y las que en ellas se citan). Mientras la herencia se halle en comunidad, el derecho de los coherederos no se proyecta sobre cada uno de los bienes que la componen, sólo tienen una cuota en la titularidad del patrimonio hereditario, del que forman parte los bienes y deudas del causante*».

---

(47) STS de 17 diciembre de 2007 (RJ 2007/8935).

¿QUIÉNES DEBEN FIRMAR Y SUSCRIBIR LA PARTICIÓN?

Para que la partición hereditaria sea válida, tanto si se hace en escritura pública como si se hace mediante un simple cuaderno particional privado, deberá ser consentida y firmada por las siguientes personas, bien personalmente o por medio de poder:

- a) Los herederos testamentarios o intestados.
- b) El cónyuge viudo, si tiene derecho al usufructo de todos o parte de los bienes o si existen bienes gananciales.
- c) Los legítimarios que no hayan sido nombrados herederos, para recibir lo que por legítima les corresponda o para renunciar a ella.
- d) Los legatarios, para recibir los bienes legados.

¿CÓMO HAY QUE REPARTIR LOS BIENES DE LA HERENCIA?

*El reparto de los bienes que integran la herencia deberá hacerse en la forma establecida por el testador en el testamento. Si no existe testamento y se trata de herederos intestados, la partición podrá hacerse de la forma que libremente decidan los herederos, siempre que se respete la cuota o parte que a cada uno de ellos corresponde por Ley en la herencia del difunto.*

El testador puede limitarse a establecer en el testamento la cuota o porcentaje que corresponde a cada uno de los herederos nombrados respecto del total haber hereditario. En este caso, los herederos podrán distribuirse entre ellos los bienes integrantes del caudal hereditario de la forma que libremente acuerden, siempre que el valor de lo recibido por cada heredero sea igual a la cuota establecida a su favor por el testador.

El testador puede no limitarse a nombrar herederos en el testamento sino también efectuar en el mismo el reparto o partición de los bienes entre los herederos, asignado a cada uno de estos bienes concretos en pago de su cuota hereditaria. Es el llamado *testamento particional*. En este caso, los herederos deberán ajustarse a lo ordenado por el testador en su testamento en orden al reparto de los bienes.

No obstante lo anterior, sea cual fuere la fórmula empleada por el testador en el testamento (asignación de cuotas o adjudicación de bienes concretos a cada heredero en pago de su cuota), los herederos pueden de común acuerdo realizar la partición de manera distinta a la ordenada por el testador. Pero en el caso de que procedan de esta manera, deberán tener en cuenta las posibles consecuencias de tipo fiscal que conllevará hacer la partición de manera distinta a la establecida por el testador.

## VI. DE LOS EFECTOS DE LA PARTICIÓN

Enunciando una regla común a la división de cosas singulares y de patrimonios, explica el artículo 1.068, como: «*La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*». Es decir: el anterior derecho de cuota, concurrente con otros cualitativamente iguales, sobre una herencia, se transforma en titularidades individuales, generalmente exclusivas, sobre bienes concretos. Incluso si alguna titularidad se confiere indivisa, a varios de los coherederos o a todos, recae ahora sobre un objeto singular, y en comunidad romana (48).

Obligación de saneamiento, según el artículo 1.069 del Código Civil: «*Hecha la partición, los coherederos estarán recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados*» (49).

Se trata de garantizar los lotes frente al eventual problema de la evicción, o de la existencia de vicios ocultos en las cosas; pero no por efecto de errores en las adjudicaciones, ya que esta vía será en estos casos la prevista en el artículo 1074.

Esta obligación de saneamiento, conforme dispone el artículo 1.070, cesará:

«*La obligación a que se refiere el artículo anterior sólo cesará en los siguientes casos:*

*Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, a no ser que aparezca, o racionalmente se presuma, haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima.*

*Cuando se hubiese pactado expresamente al hacer la partición.*

*Cuando la evicción proceda de causa posterior a la partición, o fuere ocasionada por culpa del adjudicatario».*

La responsabilidad de los coherederos es solidaria en proporción al respectivo hereditario. «*La obligación recíproca de los coherederos a la evicción es proporcionada a su respectivo haber hereditario; pero si alguno de ellos resultare insolvente, responderán de su parte los demás coherederos en la misma proporción, deduciéndose la parte correspondiente al que deba ser indemnizado.*

*Los que pagaren por el insolvente conservarán su acción contra él para cuando mejore de fortuna»* (art. 1.071 CC).

---

(48) Vid. BUSTO LAGO, J. M., *Derecho de Sucesiones. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, Thomson, Pamplona, 2007, en concreto pág. 391 y sigs.

(49) Vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, «El saneamiento por evicción en la partición hereditaria», en *RDP*, 1954, pág. 839.

Vid. *Ibidem*, CABANILLAS GALLAS, «Evicción y saneamiento en la partición», en *Estudios Castán, III*. Pamplona, 1969, pág. 79.

Finalmente, el artículo 1.072 dicta una regla específica en función de la calificación de los créditos en la partición, así:

*«Si se adjudicare como cobrable un crédito, los coherederos no responderán de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y sólo serán responsables de su insolvencia al tiempo de hacerse la partición.*

*Por los créditos calificados de incobrables no hay responsabilidad; pero, si se cobran en todo o en parte, se distribuirá lo percibido proporcionalmente entre los herederos».*

## VII. INEFICACIA DE LA PARTICIÓN

La partición es un negocio jurídico, y como tal está sometido a las mismas reglas de ineficacia; el Código Civil dedica los artículos 1.073 a 1.081 (50) a uno de los tipos de ineficacia, a la rescisión de la partición, pero esta referencia no excluye que la partición pueda resultar ineficaz por otras causas, de modo que se puede distinguir:

a) Nulidad de la partición: según el artículo 1.081: *«La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula»*, es para el supuesto de heredero aparente.

También lo será cuando se vulnere una norma imperativa o prohibitiva.

Puede ser, por falta de algún presupuesto (muerte del causante, validez y vigencia del testamento, procedencia de la sucesión *ab intestato*, etc.) o elemento esencial del negocio (consentimiento del autor o autores de la partición, ser los bienes divididos patrimonio propio del causante, etc.) o hecha contra lo preceptuado en la ley: partición hecha por causante no testador, por comisario que sea heredero, etc.

Muchas sentencias del TS aplican los principios generales del Derecho sobre nulidad de los negocios jurídicos y principalmente de los *inter vivos* contractuales, como la sentencia de 26 de noviembre de 1974, o 14 de febrero de 1989, o 31 de octubre de 1996 (51).

La sentencia del TS, de 12 de diciembre de 2005 (52), señalaba que: *«es cierto que el Código Civil carece de una regulación específica sobre nulidad de las particiones, fuera del singular precepto del artículo 1.081, y que se han entendido aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos y, principalmente, de los negocios contractuales, pero teniendo*

---

(50) Vid. BUSTO LAGO, J. M., *Derecho de Sucesiones. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, Thomson, Pamplona, 2007, en concreto pág. 392 y sigs.

(51) STS de 26 de noviembre de 1974 (RJ 1974/4490), 14 de febrero de 1989 (RJ 1989/836), 31 de octubre de 1996 (RJ 1996/7731).

(52) STS de 12 de diciembre de 2005 (RJ 2006/196).

presente que la nulidad sólo se originará si existe carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto, y así ocurre cuando falta algún elemento esencial o presupuesto del negocio, o se ha efectuado la partición contra lo dispuesto en la Ley, aceptando la jurisprudencia como casos de nulidad, además del específico del artículo 1.081 del Código Civil, la falta de consentimiento de la persona designada para realizar la partición, la inclusión de bienes no pertenecientes al causante, la ilicitud de la causa por deliberada ocultación de componentes del caudal, la invalidez del testamento, la infracción de prescripciones legales imperativas, además de algunos otros supuestos más cercanos al caso que nos ocupa, como son el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de bienes (sentencia de 26 de noviembre de 1974 [RJ 1974/4490]) o haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles (sentencia de 7 de enero de 1975 [RJ 1975/12]). Este tratamiento restrictivo de la invalidez, afirmado por gran número de sentencias (53), impone resolver las atribuciones mal valoradas por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición».

b) Partición anulable: cuando exista algún defecto de capacidad en los que ella interviene o un vicio del consentimiento, conforme a la regulación de los contratos.

El vicio del consentimiento de un solo coheredero hace impugnabile la partición frente a todos los restantes; es la regla de los contratos plurilaterales.

El TS estima que el matiz que distingue y separa la anulabilidad de la nulidad es la calificación de interés público o privado, a cuya protección se encaminan ambas categorías de ineficacia negocial (54).

c) Partición rescindible: es aquélla que origina a alguno de los coherederos una lesión o perjuicio en más de la cuarta parte del valor de las cosas adjudicadas.

Es la forma de partición específicamente regulada por el Código Civil, que declara aplicables las mismas causas de rescisión que las establecidas para las obligaciones en los artículos 1.290 y siguientes (55), con las limitaciones fijadas para la partición.

Artículo 1.074: «Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas».

---

(53) Como la de 31 de octubre de 1996 (RJ 1996/7731), que se refiere a las de 15 de junio de 1982 (RJ 1982/3428) o 25 de febrero de 1969 (RJ 1969/999), entre otras.

(54) Vid. STS de 9 de mayo de 1994 (RJ 1994/3894), 27 de febrero de 1997 (RJ 1997/1332).

(55) Artículo 1.073: «Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones».

Si bien, «*La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador*» (1075).

Si efectivamente hay rescisión, la persona obligada a repararlo tendrá la facultad de optar, como dice el artículo 1.077: «*El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición.*

*La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio.*

*Si se procede a nueva partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo».*

Ahora bien, hay un plazo para poder ejercitar esta petición, como dice el artículo 1.076: «*La acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, contados desde que se hizo la partición*».

La acción de impugnación por lesión no puede ser ejercitada por el heredero que hubiese enajenado el todo o una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados (art. 1.078).

Puede ocurrir que al realizar la partición no se hayan tenido en cuenta todos los bienes del causante o que se hayan olvidado o preterido a alguno de sus herederos; en estos supuestos los artículos 1.079 y 1.080 (56) disponen que no se anula toda la partición, sino que se procede a completarla o corregirla, salvo que hubiese mala fe por parte de alguno de los interesados; en este caso es nula toda la partición.

Es de destacar la sentencia de 12 de junio de 2006 (57) en un caso de rescisión de la partición realizada por los herederos con preterición de los legatarios de parte alícuota, al disponer: «*...la preterición en la partición del legatario de tal clase ha de producir los efectos previstos en el artículo 1.080 del Código Civil para el caso de preterición de un heredero, de forma que si se produce de mala fe o dolosamente —conociendo su existencia— ha de desembocar en la rescisión de la partición así realizada*».

Si entre los herederos del causante está su viuda y se acredita que está encinta, el artículo 966 ordena suspender la partición hasta que se verifique el parto o el aborto, o resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta.

---

(56) Artículo 1.079 del Código Civil: «*La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos*».

Artículo 1.080 del Código Civil: «*La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda*».

(57) STS de 12 de junio de 2006 (RJ 2006/3364).

RESUMEN

*PARTICIÓN HEREDITARIA*

*En la práctica, el tema de reparto de herencias puede plantear múltiples conflictos familiares de no ponerse de acuerdo los interesados en la herencia. En este trabajo se ofrecen algunas consideraciones sobre la situación indivisa de la herencia tendentes a conseguir una partición coherente y apropiada según los preceptos legales. Se acompaña la cita y estudio de algunas sentencias de nuestro alto tribunal que nos ayudan a comprender cómo debe hacerse la partición, cuáles son las operaciones que conlleva, los efectos que produce su realización, así como las posibles causas de su ineficacia.*

ABSTRACT

*ESTATE PARTITION*

*In practice the issue of estate distribution can cause a raft of family conflicts if the persons with a stake in the estate cannot agree. This paper offers a few considerations about undivided estates, aimed at achieving a consistent, appropriate partition according to law. Several court rulings are cited and examined to help gain an understanding of how partition should be done, what operations it entails, what effects it has and what can make a partition invalid.*

*(Trabajo recibido el 03-02-09 y aceptado para su publicación el 29-05-09)*

# Las trabas de la LOE para liquidar una «promotora»

por

ALBERT TORRA I JUANOLA

*Abogado*

## SUMARIO

1. ¿CÓMO CONOCERÁ EL REGISTRADOR MERCANTIL QUE ESTÁ CALIFICANDO UNA ESCRITURA DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE UNA «PROMOTORA», PARA EXAMINAR SI EN ELLA CONCURREN LOS REQUISITOS QUE ESTABLECE LA LOE?
2. ¿CÓMO SUBSANAR LA «NO MENCIÓN» DE ESOS REQUISITOS EN LA ESCRITURA DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN?
3. ¿CÓMO CONOCERÁ EL REGISTRADOR MERCANTIL QUE HAN TRANSCURRIDO TODOS LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD RESPECTO DE TODAS LAS PROMOCIONES EJECUTADAS?
4. ¿PUEDE EL REGISTRADOR MERCANTIL DENEGAR EL CIERRE REGISTRAL DE LA HOJA Y LA INSCRIPCIÓN DE LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL PROMOTORA A RESULTAS DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL (178 LC), POR NO ACREDITARSE LA CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS O EL TRANSCURSO DE LOS PLAZOS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 20.2 DE LA LOE?
5. ¿CUÁL ES EL MOTIVO POR EL QUE LA LOE EXIGE ACREDITAR LAS GARANTÍAS DE TODAS LAS PROMOCIONES Y EL TRANSCURSO DE TODOS LOS PLAZOS PARA PODER LIQUIDAR?

## EPÍLOGO

Si bien una empresa promotora puede disolverse y nombrar un liquidador, e incluso llevar a cabo todas las operaciones de liquidación, la liquidación de la sociedad no podrá inscribirse en el Registro Mercantil hasta que no se cumplan los dos requisitos exigidos por el artículo 20.2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE).

El artículo 20.2 de la LOE, establece que: «*Cuando no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones a que se refiere el artículo 18, no se cerrará en el Registro Mercantil la hoja abierta al promotor individual ni se inscribirá la liquidación de las sociedades promotoras sin que se acredite previamente al Registrador la constitución de las garantías establecidas por esta Ley, en relación con todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido*».

De la atenta lectura de este artículo y de las remisiones que se efectúan unos a otros, se advierten algunas anomalías de redacción que hacen confuso el entendimiento del mismo y de los plazos que establece la norma, creando una inseguridad jurídica a los promotores.

En concreto, el artículo 20.2 establece una serie de requisitos para que el Registrador Mercantil pueda inscribir en el Registro la liquidación de una sociedad promotora:

- En primer lugar, que *debe de haber transcurrido los plazos de prescripción de las acciones que se «refieren» en el artículo 18.*

La primera dificultad es la «literalidad de las palabras», ya que dice «las acciones a que se refiere...» que —como veremos— son algunas más de las que se regulan o establecen *ex novo* en dicho artículo.

El artículo 18 establece distintos plazos de prescripción de las acciones. En su primer párrafo establece que:

1.º) «*las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños (...)*».

En el artículo 17 se regula la responsabilidad de los diferentes agentes, que responderán en función que los daños deriven de elementos de acabado, de elementos constructivos o de elementos estructurales —el detalle es algo mayor—, durante el plazo de uno, tres o diez años, a contar desde la fecha de la recepción de la obra.

Es decir, el plazo de responsabilidad empieza a correr desde la recepción de la obra. El daño que se origine por vicios o defectos durante el lapso de tiempo de uno, tres o diez años en función de la tipología del mismo, queda sujeto a responsabilidad. No obstante, el artículo 18 establece que producido el daño, empieza a contar desde esa producción el tiempo de dos años de prescripción de la acción.

La *prescripción*, a diferencia de la *caducidad*, puede interrumpirse y deberá de iniciarse de nuevo dicho plazo y transcurrir otros dos años para entender que el perjudicado por los daños si no ha

reclamado judicialmente dentro de ese plazo ya no podrá hacerlo nunca pero, además, para los contratos o promociones no sujetas al Código Civil sino al Código Civil de Catalunya, dicho plazo de prescripción está afecto también a causas de suspensión del cómputo de ese plazo —según se dispone en la Primera Ley del Código Civil de Catalunya—.

2.º) y lo anterior, lo es «(...) *sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual*», sea éste derivado del propio contrato de arrendamiento de servicios, contrato de obra o compraventa final de la edificación realizada al consumidor final.

En materia de contratos, debemos referirnos también a todas aquellas acciones que se pueden interponer tanto al amparo de la regulación del Código Civil, como de la regulación propia de algunas Comunidades Autónomas y la jurisprudencia que interpreta dichas normas (unas y otras), con los respectivos plazos de prescripción que se señalen para cada una de las acciones que las normas prevean.

El artículo 18, en su segundo párrafo, se refiere a la acción de repetición —regulada también por el anterior art. 17— la cual tendrá también un plazo de prescripción de dos años a contar desde la sentencia firme o desde el pago extrajudicial. Es igualmente predicable lo dicho anteriormente respecto de la prescripción y, además, de que ambos inicios que prevé no son disyuntivos, sino que pueden ser coincidentes o yuxtapuestos —por existir sentencia firme y haberse efectuado un pago parcial o total de la sentencia de modo extrajudicial sin necesidad de ejecutar la sentencia—, dificultando también en parte el correcto cómputo del transcurso del plazo de prescripción. En resumen, para cumplir ese primer requisito del artículo 20.2, respecto de una promotora que haya efectuado distintas promociones, deberemos de contar como mínimo el transcurso de un plazo de diez años desde la recepción de la última obra, más otros dos años del plazo de prescripción de las acciones. Para el caso de que la obra haya tenido algún siniestro, en el que se ha interpuesto demanda judicial con sentencia firme condenatoria a alguno de los agentes, deberemos esperar, además del tiempo que tarde en ventilarse judicialmente el asunto, otros dos años para la prescripción del plazo de la acción de repetición de los agentes condenados, contados desde la sentencia o pago extrajudicial. Es decir, un mínimo de doce a catorce años.

- En segundo lugar, establece el requisito de que *se acredite al Registrador Mercantil la constitución de las garantías a que se refiere esta ley, en relación con todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido.*

Ciertamente, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de septiembre de 2000, establece la forma de acreditar las garantías que se prevén en el artículo 20.1 de la LOE, pero nada dice de cómo acreditar las garantías que prevé el artículo 20.2.

Cabe pensar que podrán acreditarse de la misma forma que las anteriores garantías ya que, en parte, son las mismas y se supone que las anteriores ya estarán acreditadas en la forma que prevé dicha Instrucción, por lo que solamente bastará acreditar al Registrador Mercantil las anteriores escrituras de declaración de obra nueva o cualquiera de las otras formas previstas para acreditarlas.

Es decir, se establece un doble requisito: el primero *temporal*, que no podrá inscribirse la liquidación cuando respecto de las promociones ejecutadas no hayan transcurrido los plazos de prescripción de la responsabilidad y, el segundo *material*, deber de acreditar ante el Registrador Mercantil todas las garantías de las promociones efectuadas.

A resultados de lo expuesto anteriormente, abordamos las siguientes cuestiones:

1. ¿CÓMO CONOCERÁ EL REGISTRADOR MERCANTIL QUE ESTÁ CALIFICANDO UNA ESCRITURA DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE UNA «PROMOTORA» PARA EXAMINAR SI EN ELLA CONCURREN LOS REQUISITOS QUE ESTABLECE LA LOE?

Ciertamente, una mercantil puede tener como objeto social inscrito la promoción de todo tipo de construcciones, no siendo infrecuente que forme parte de un objeto social más amplio (mediación inmobiliaria, venta de promociones, etc.), por lo que éste podrá aparecer en primer lugar o en el último e incluso haberse previsto como objeto social, mas no haberse desarrollado nunca, o sí. Por ello, no parece eficaz que el registrador tome conocimiento por la constancia del mismo en el objeto social inscrito en el registro.

También es frecuente que una empresa, pese a dedicarse a tres o cuatro actividades que constan en el objeto social, solamente conste un epígrafe de ellos en el IAE y en el CNAE, por lo que tampoco este medio parece eficaz.

Parece que solamente podrá conocer con certeza que está ante una promotora si esa actividad aparece mencionada en la propia escritura de liquida-

ción de dicha sociedad, es decir, mediante una declaración unilateral y subjetiva de la sociedad que pretende inscribir su disolución y liquidación. ¿Qué credibilidad tendría esa declaración para el Registrador?

No creemos que por el mero hecho de constar dicha actividad en el objeto social constitutivo o ampliado, el registrador deba de calificar negativamente la escritura, argumentando que no se acreditan los requisitos de la LOE. En su caso, entendemos sería un defecto subsanable.

## 2. ¿CÓMO SUBSANAR LA «NO MENCIÓN» DE ESOS REQUISITOS, EN LA ESCRITURA DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN?

Efectivamente, ni la LSA, ni la LSRL, ni el RRM tienen previsto en sus articulados la necesidad de acreditar los requisitos de la LOE, por lo que dichas calificaciones negativas estarían amparadas en los requisitos del 20.2 de la LOE y en la presunción realizada por el Registrador de que la mercantil se ha dedicado a la actividad de la promoción por constar dicha mención en su objeto social, más seguramente, serían objeto de múltiples impugnaciones.

Para el caso de que la mercantil se hubiera dedicado a la actividad de la promoción, podrá subsanar el documento y acreditar los requisitos exigidos por la LOE, que como veremos será una tarea ardua.

Pero, para el caso de no haberse dedicado nunca a dicha actividad, ¿cómo subsanará y acreditará el hecho negativo de no haberse dedicado nunca a dicha actividad? ¿Bastará la declaración de la propia mercantil en ese sentido? ¿Estará el liquidador capacitado para efectuar esa declaración y subsanación de defectos? Si su cargo no consta inscrito, no podrá acreditarse como tal ante los organismos pertinentes. ¿Deberá entonces hacerlo el administrador cesado por la disolución no inscrita?

Si no estuviera facultado o capacitado o para el caso de que fuera un defecto insubsanable, ¿deberá convocarse nuevamente la Junta de Accionistas o de Socios para hacer constar esa declaración —positiva o negativa— como un punto del orden del día y poder así constar en el certificado de los acuerdos de la Junta que se elevan a públicos?

De la literalidad del artículo 20.2 de la LOE que se refiere sólo a «liquidación», quizá el problema de la inscripción del cargo de liquidador desaparece si los acuerdos de la Junta se limitan a acordar la disolución de la mercantil y nombramiento de liquidador/es ya que, en ese caso, no vemos ningún impedimento para calificar negativamente la inscripción, ya que no se ha liquidado la mercantil, sino que inicia el periodo de liquidación para el que disponen de tres años. Concentrándose los problemas apuntados sólo cuando se pretenda inscribir una sola escritura de disolución y liquidación (dado que la califica-

ción negativa se presume que será de todo el documento inscribible) o cuando tras las operaciones de liquidación se pretenda inscribir la liquidación.

3. ¿CÓMO CONOCERÁ EL REGISTRADOR MERCANTIL QUE HAN TRANSCURRIDO TODOS LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD RESPECTO DE TODAS LAS PROMOCIONES EJECUTADAS?

Para poder intentar responderla es necesario preguntarse primero: ¿Cómo puede alguien ajeno a la sociedad —sea un particular, sea el Registrador Mercantil, sea el Juez del concurso— conocer las promociones que una mercantil ha efectuado?

Parece claro que, ante la inexistencia de un registro informático —sea del ámbito geográfico que sea— en el que todos los Ayuntamientos publiquen o informen de las Licencias de Obras mayores y/o menores otorgadas en su término municipal al que poder consultar y solicitar una certificación de su contenido identificando las diversas licencias concedidas y las promociones que ha desarrollado con la finalidad de acompañarla a la Escritura de Liquidación de la mercantil para de ese modo acreditar las promociones efectuadas, tanto al particular como al Registrador le quedan pocas opciones de conocimiento.

Ciertamente, las Haciendas Locales disponen de dicha información, pero no parece efectivo por su enorme complejidad tener que dirigirse a todas y cada una de las Haciendas Locales de todos los municipios de España y del extranjero (puesto que también allí pueden haber efectuado promociones), para interesar una certificación positiva o negativa de las promociones en las que ha tomado parte la mercantil que decide disolverse y liquidarse.

Dado que el 20.2 de la LOE exige que sean «(...) de *todas y cada una de las edificaciones (...)*», la información que reúna tales características debe ser completa y exhaustiva y, para poder dar cumplimiento a tan exagerado redactado, deberá comprender tanto una *certificación positiva* de las promociones efectuadas como, en su caso, una *certificación negativa* que acredite que en dicho municipio no ha efectuado ninguna promoción, so capa de no ser completa al no comprender todas las promociones.

Quizá bastara con limitar esas certificaciones al ámbito geográfico en el que tenga su domicilio u oficinas permanentes, pero ello no sería completo ya que, una mercantil puede operar en cualquier lugar del mundo —para eso tiene personalidad jurídica propia—, pudiendo hacerlo bien directamente, bien a través de una UTE permanente o específica, bien de una *joint venture*, bien verse implicada en la titularidad de una promoción como consecuencia de la compraventa de activos o de sociedades o de acciones, etc.

Si a los anteriores problemas geográficos le unimos los derivados del tiempo, veremos que esa hipotética y posible certificación de las promociones efectuadas debería referirse, como mínimo, a todas las de los últimos doce años (plazo mínimo de prescripción de todas las acciones de responsabilidad previstas por la LOE), pero puede abarcar bastantes más. Tanto las mercantiles como las administraciones públicas están obligadas a guardar la información contable y fiscal de los últimos cinco años y no suelen guardarla más allá de esa fecha, por lo que se desestima como posible solución tomar conocimiento de las promociones por los modelos y declaraciones tributarias.

Ciertamente, para justificar el requisito de las garantías referidas a las promociones, cabría aportar copia de los seguros decenales suscritos; información que podría solicitarse al Consorcio de Compensación de Seguros y Reaseguros y presentarla como certificación de: póliza de los seguros suscritos, compañía aseguradora y promoción asegurada. Si ello no fuera posible a través del Consorcio debería acudir, conocida la anterior información, a todas y cada una de las aseguradoras (habilitadas en España) para que certifiquen positivamente y, en su caso, negativamente de los seguros decenales que les consten pero, a pesar de todo ello, estamos ante la misma problemática que teníamos anteriormente, ¿cómo acreditar al registrador que esas promociones de la que tengo seguro decenal son todas las que he efectuado? A lo sumo, si la información es completa y exhaustiva acreditaré las realizadas en España, no las del extranjero...

Analizada la cuestión, vemos que uno de los requisitos del artículo 20.2 de la LOE es de imposible cumplimiento e imposible de acreditar mediante pruebas o documentos objetivos externos a la propia mercantil, salvo que se admita la única prueba plausible: la declaración subjetiva. La propia declaración unilateral de la mercantil que exprese y dé conocimiento a terceros de todas y cada una de las promociones que ha efectuado o en las que ha intervenido en algún momento, es la única prueba consistente para poder acreditar tan magno requisito legal.

Efectivamente, sólo la mercantil podrá expresar con conocimiento de causa y detalle todas y cada una de las promociones en las que ha participado, pero, ¿cómo recuperar y acreditar toda la información de hace más de diez años?

Creo que la única solución efectiva para poder cumplir el requisito examinado es que en la propia escritura pública de liquidación de la mercantil conste una declaración efectuada por el/los administradores de la mercantil y, eventualmente el/los liquidadores de la misma, por medio de la cual expresen todas y cada una de las promociones en las que la mercantil ha participado, dando cuenta de la ubicación de la misma, fecha de certificado, póliza de seguro suscrito, compañía aseguradora, periodo de vigencia, etc... Para ello, sería necesario que dicha certificación fuera suscrita no sólo por los actuales

órganos de administración o liquidación de la sociedad, sino también por todos los antiguos administradores (salvo casos de fallecimiento, incapacidad, etc.), pues son ellos quienes bajo su responsabilidad conocen las promociones que hicieran antaño y los responsables de tomar los seguros decenales (aunque su responsabilidad personal por los actos anteriores esté ya extinguida).

Asimismo, dado que la «Certificación de promociones efectuadas» (medio de prueba que propone este artículo) en tanto declaración subjetiva y unilateral de la mercantil es la única prueba plausible para poder cumplir el redactado del artículo (salvo que el legislador proceda a modificar su actual redactado), dicha declaración si no fuera exacta y completa —al constar en una escritura pública— debería de serle predicable el delito de «falsedad en documento público»; ya que, el falseamiento de las promociones efectuadas de no tener una severa consecuencia penal, invita a que no se incluyan todas ellas. Dicha declaración debería estar bajo la tutela de los tribunales que decidirán sobre la veracidad o falsedad de la misma y, asimismo, el Registro Mercantil debería dar publicidad a dicha «Certificación de promociones efectuadas» para que, cualquier particular, una vez liquidada la sociedad —que es de lo que estamos tratando— pueda conocer con certeza si esa mercantil liquidada realizó total o parcialmente una determinada promoción y quien ostentaba el seguro decenal.

Respecto de la utilidad de la publicación de la «Certificación de promociones efectuadas» volveremos más tarde.

#### 4. ¿PUEDE EL REGISTRADOR MERCANTIL DENEGAR EL CIERRE REGISTRAL DE LA HOJA Y LA INSCRIPCIÓN DE LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL PROMOTORA A RESULTAS DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL (178 LC), POR NO ACREDITARSE LA CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS O EL TRANSCURSO DE LOS PLAZOS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 20.2 DE LA LOE?

Parece que así debiera ser, ya que la LOE no contempla ni matiza regla alguna para las situaciones concursales, luego esos requisitos también les serían aplicables. Indudablemente, el Registrador podrá calificar negativamente el mandamiento judicial, expresando si los defectos son o no subsanables. ¿Estará capacitado el administrador concursal para expedir la «Certificación de promociones efectuadas»?

Dado que la LC no obliga a expresar en la demanda de concurso voluntario ni necesario, las promociones efectuadas en los últimos doce años, parece que ni el administrador concursal ni el Juez del concurso estará capacitado para subsanar esos defectos.

De nuevo, la única forma efectiva de poder acreditar esas promociones y garantías será mediante la declaración unilateral de la mercantil concursada efectuada por el/los anteriores administradores.

5. ¿CUÁL ES EL MOTIVO POR EL QUE LA LOE EXIGE ACREDITAR LAS GARANTÍAS DE TODAS LAS PROMOCIONES Y EL TRANS-CURSO DE TODOS LOS PLAZOS PARA PODER LIQUIDAR?

Si como hemos visto, no existe ninguna forma de acreditar los dos anteriores requisitos que establece la LOE, ¿para qué se exigen? Quizá era para que la mercantil respondiera por las futuras responsabilidades que puedan derivarse de las promociones que hayan ejecutado.

Si el Registro Mercantil no publica la «certificación de las promociones efectuadas» que se propone como medio de conocimiento, o bien no queda depositada en el registro para su consulta por terceros —al igual que los acuerdos de fusión—, ¿para qué sirve la publicación? ¿Para qué tantas trabas a su liquidación? Y si ha transcurrido la finalidad para la que se creó, ¿acaso no podrá liquidarse nunca?

## EPÍLOGO

Efectuada la consulta a la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), sobre cómo acreditar los requisitos del artículo 20.2 de la Ley 38/1999 (LOE); en fecha 1-10-2008, la «Subdirección General del Notariado y de los Registros» responde que: «(...) *esta Dirección General considera que no es de su competencia resolver cuestiones como las planteadas en su escrito por estar sujetas a calificación de los Registradores Mercantiles*». Despachando la consulta efectuada, se recomienda que se consulte directamente con el Registrador Mercantil.

No fue esa la respuesta que la DGRN dio frente a la consulta efectuada por la Dirección General de Seguros sobre cómo acreditar los requisitos del 20.1 de la LOE —que motivó la Instrucción de 11-9-2000—, ni tampoco fue esa la respuesta frente a las consultas que, posteriormente, motivaron la Resolución-Circular de 3-12-2003, ambas sin perjuicio de la calificación registral.

Llegados a este punto, todavía es más necesario que se reforme la ley eliminando dichas trabas —por innecesarias, al ser de imposible aplicación—, o bien que la Administración informe a los ciudadanos sobre el modo de acreditar los requisitos exigidos, ya que no hacerlo vulnera la seguridad jurídica. Dado que los requisitos estudiados no son recientes, sólo se aventura a pronosticar que —pese a estar vigentes— quizá nadie ha reparado en ellos,

ni se han exigido por los liquidadores, ni por los jueces, ni por los administradores concursales, ni por los registradores mercantiles, ni han sido motivo de calificaciones negativas, ni de recursos gubernativos, es decir: a nadie le interesa su aplicabilidad.

RESUMEN

LOE. LIQUIDACIÓN

*Para que en el Registro Mercantil conste inscrita la disolución y liquidación de una sociedad mercantil promotora, el artículo 20.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) impone unos requisitos que en la práctica son de imposible cumplimiento y acreditación. Descartados los registros públicos y oficiales para acreditar la información requerida, el único medio de prueba plausible y posible es una declaración subjetiva y unilateral efectuada por la misma promotora. El Registrador Mercantil sólo podrá conocer las promociones efectuadas, el transcurso de los plazos de prescripción de las acciones de responsabilidad y las garantías de todas las promociones efectuadas mediante la certificación de promociones efectuadas realizada por la propia mercantil, debiendo tomar como cierta dicha declaración unilateral y subjetiva al no existir otro modo de acreditación de los requisitos exigidos ex lege para su inscripción. Salvo que el legislador modifique la LOE, si no se acredita el cumplimiento de los requisitos, los registradores deberían denegar la inscripción de disolución, aunque fuere solicitada por una resolución judicial. Cualquier interesado debería poder consultar la certificación que se propone, cumpliendo así la función de garantía de los usuarios y consumidores.*

ABSTRACT

BUILDING PLANNING ACT. LIQUIDATION

*In order for the winding-up and liquidation of a property development company to be entered in the Mercantile Registry of Spain, section 20.2 of the Building Planning Act (BPA) sets a number of requirements that are, in practice, impossible to meet and whose compliance it is impossible to prove. Since public and official registration authorities are ruled out as credible sources of the required information, the only plausible, possible means of proof is a subjective, unilateral statement given by the company itself. The mercantile registrar is informed of the development schemes the company has run and the status of deadlines for the lapse of liability and guarantees in all development schemes the company has run by means of a certificate issued by the company itself, and the registrar must accept this unilateral, subjective statement as true, because there is no other means of showing proof of compliance with the requirements set by law for registration. Unless the BPA is amended, if a registrar is not shown proof of compliance with the requirements, the registrar must refuse to register the fact that a company has been wound up, even if the judicial authorities have asked the registrar to do so. Any person with an interest ought to be able to consult the proposed certificate, so that the function of user and consumer guarantee could be fulfilled.*

*(Trabajo recibido el 19-09-08 y aceptado para su publicación el 29-05-09)*

# DERECHO COMPARADO



# *La potestà genitoriale* en el Derecho Civil italiano

por

JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ  
*Profesora Contratada Doctora*  
*de Derecho Civil*  
*Universidad Católica San Antonio de Murcia*

## SUMARIO

1. *LA POTESTÀ GENITORIALE:*
  - 1.1. PRINCIPIOS GENERALES.
  - 1.2. REGULACIÓN.
  - 1.3. COMIENZO DE LA PATRIA POTESTAD.
  - 1.4. CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA PATRIA POTESTAD.
  - 1.5. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y LAS CRISIS MATRIMONIALES.
2. DERECHOS RESPECTO DE LOS PROGENITORES:
  - 2.1. EL DERECHO AL MANTENIMIENTO.
  - 2.2. EL DERECHO A LA INSTRUCCIÓN.
  - 2.3. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.
  - 2.4. EL DERECHO AL RESPETO DE SU PROPIA PERSONALIDAD.
3. DEBERES RESPECTO DE LOS PROGENITORES:
  - 3.1. EL DEBER DE RESPETO.
  - 3.2. LA CONTRIBUCIÓN AL MANTENIMIENTO DE LA FAMILIA.
  - 3.3. EL ABANDONO DE LA CASA FAMILIAR.
4. LA REPRESENTACIÓN DEL MENOR Y LA ADMINISTRACIÓN DE SUS BIENES: PODERES DERIVADOS DE LA PATRIA POTESTAD.
5. EL USUFRUCTO LEGAL.
6. EL CONTROL SOBRE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD:
  - 6.1. LA *DECADENZA* DE LA PATRIA POTESTAD.
  - 6.2. LIMITACIONES Y CONDICIONES A LA PATRIA POTESTAD.
7. LA EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD Y SU RECUPERACIÓN.

## 1. LA POTESTÀ GENITORIALE

### 1.1. PRINCIPIOS GENERALES

A excepción de un limitado número de actos, el menor de edad está sometido en el Ordenamiento jurídico civil italiano a una situación caracterizada por una absoluta incapacidad de obrar en el ámbito patrimonial, especialmente en todo lo relativo a la celebración de negocios jurídicos, siendo sustituido y representado en tal actividad por sus padres, en cuanto titulares de la patria potestad (art. 316 CC) (1).

La razón en la que se fundamenta esta potestad consiste en un *munus* conferido por el Ordenamiento a favor de los progenitores, que en modo alguno puede considerarse discrecional, sino que debe ser entendido en un sentido o con un carácter instrumental, en cuanto dirigido a potenciar y desarrollar adecuadamente el proceso formativo y educativo del hijo menor (2).

La previsión que el Código Civil italiano establece es que el ejercicio de la patria potestad, atribuida a ambos progenitores, debe desarrollarse de común acuerdo entre ellos (art. 316.2 CC) (3). Esto no quiere decir que cada uno de los actos que realicen en el ejercicio de los poderes conferidos deba ser acometido conjuntamente, sino que, tratándose de una categoría de actos compleja, por confluir en su realización dos voluntades distintas, deben ser acordadas las líneas generales de actuación dentro de las cuales podrán proceder y desenvolverse separadamente.

En caso de desacuerdo sobre el ejercicio de la patria potestad en cuestiones de cierta trascendencia, el legislador italiano ha establecido, como regla general, que dicho desacuerdo sea resuelto por el Juez, pudiendo cada uno de los progenitores dirigirse al mismo sin necesidad de especiales formalidades, para informarle de la actuación que considera más idónea (art. 316.3 CC) (4). Esta regla general cuenta con una única excepción: cuando concorra una si-

---

(1) «Il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore o alla emancipazione». Vid. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2006.

(2) «La potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori». Vid. FERRI, «La potestà dei genitori», en *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1988. STANZIONE, «Potestà dei genitore e diritti fondamentali del minore», en *RaDC*, 1980.

(3) Dice SESTA, M., *Manuale di Diritto de Famiglia*, 2.<sup>a</sup> ed., CEDAM, Padova, 2007, pág. 214, que las principales innovaciones aportadas por el legislador de 1975, que han conferido a la patria potestad una configuración nueva y más dinámica respecto de la anterior, fundada sobre la autoridad paterna, inciden particularmente sobre el ejercicio conjunto de las potestades (art. 316.2 CC), sobre la posibilidad de acudir al Juez (art. 316.3) y sobre su contenido.

(4) «In caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei». VERONESI, S., *L'intervento del giudice nell'esercizio della potestà dei genitori*, Giuffrè, Milano, 2008.

tuación de riesgo o peligro que implique un perjuicio grave para el menor, la facultad de adoptar las medidas urgentes que no admitan ser diferidas es atribuida por ley al padre (art. 316.4 CC) (5).

En estos casos de desacuerdo, el Juez, oídos los progenitores y el hijo, siempre que sea mayor de catorce años, les sugerirá la determinación que considere más útil y beneficiosa para los intereses del menor. Si la situación de desacuerdo persistiese, el Juez atribuirá la potestad de decidir a aquel de los progenitores que, en el caso concreto, se presente como más adecuado para la tutela y cuidado de los intereses del hijo. La competencia funcional para conocer de estas situaciones corresponde al Tribunal de Menores (6), en concreto, a aquél en cuyo territorio tenga su residencia habitual el menor en el momento en que se plantee la cuestión (7). La jurisprudencia ha declarado que estas reglas presuponen la convivencia de los progenitores entre los que se plantea el conflicto, no pudiéndose invocar la norma contenida en el artículo 316 del Código Civil cuando esté pendiente entre los cónyuges un juicio de separación o exista una situación de separación de hecho. En este caso, la intervención del Juez se desarrollará según los términos del artículo 333 del Código Civil (8).

## 1.2. REGULACIÓN

Las normas contenidas en el Título IX no agotan la disciplina jurídica de las relaciones paterno-filiales, sino que se insertan en un amplio tejido normativo, en cuya base se encuentran los principios constitucionales (art. 30 de la Constitución).

En línea de principio, las reglas del Código Civil en materia de patria potestad se ocupan de la titularidad y ejercicio de la patria potestad sobre la persona del hijo (arts. 315 a 318 CC) y sobre su esfera patrimonial (arts. 320 a 329 CC), y del control judicial sobre el ejercicio de tales poderes (arts. 330 a 337 CC). Dichas normas se encuentran necesariamente inspiradas por aquéllas, de rango constitucional, que regulan los deberes de los progenitores para

(5) «*Se sussiste un incombente pericolo di grave pregiudizio per il figlio, il padre può adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili*». En opinión de SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 214, con esta medida se trata de evitar la implicación del menor en las posibles situaciones de crisis de la vida conyugal.

(6) Cass. 18-01-1990, n. 233, en *FI*, I, 455.

(7) Cass. 16-12-1977, n. 5487.

(8) *Condotta del genitore pregiudizievole ai figli. «Quando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'articolo 330, ma appare comunque pregiudizievole al figlio, il giudice, secondo le circostanze, può adottare i provvedimenti convenienti e può anche disporre l'allontanamento di lui dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore. Tali provvedimenti sono revocabili in qualsiasi momento*». Trib. Min. Milano, 19-04-1977; Cass. 15-03-2001 n. 3765, en *GC* 2001, I, 2658.

cuyo cumplimiento son atribuidos los poderes sometidos a examen. Son, pues, de gran trascendencia el artículo 30 de la Constitución y los artículos 147, 261 y 279 del Código Civil que les imponen las obligaciones de mantener, instruir y educar a la prole; las obligaciones en sí mismas derivadas del hecho de la procreación y las obligaciones derivadas de la comprobación de la relación paterno-filial.

### 1.3. COMIENZO DE LA PATRIA POTESTAD

El artículo 316.1 del Código Civil establece que el hijo está sujeto a la patria potestad hasta que alcance la mayoría de edad o la emancipación, pero nada dice en cuanto al momento en que dicha patria potestad surge. En principio, puede considerarse que la patria potestad tiene su inicio en el momento del nacimiento del hijo, pero esto no siempre es absolutamente cierto.

Por una parte, no podemos olvidar que la patria potestad presupone la adquisición del estado civil de hijo, legítimo o natural reconocido, así que, antes de este momento, los padres no son titulares de tal potestad.

Por el contrario, también es cierto que la existencia de algunas normas que prevén la atribución a los padres del poder de representación del *nasciturus* (art. 320 CC), o del poder para aceptar la herencia o la donación deferidas a su favor [arts. 462 (9), 784 (10) CC], así como para administrar la herencia deferida a los *nascituri concepti* [art. 643.2 (11) CC], ha inducido a otra parte de la doctrina a considerar que el inicio de la patria potestad tiene lugar en un momento anterior al nacimiento.

### 1.4. CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA PATRIA POTESTAD

El Código Civil italiano no define la patria potestad, sino que se limita a establecer que el hijo debe respetar a sus padres (art. 315 CC), estando sujeto a su autoridad hasta que alcance la mayor edad o la emancipación (art. 316 CC). El legislador, por tanto, no indica de manera orgánica el contenido de la patria potestad, así que corresponde al intérprete reconstruir sus caracteres y definir sus límites.

En orden a configurar una definición de la institución que nos ocupa, parece útil tomar en consideración su función instrumental, toda vez que

---

(9) «*Sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepti al tempo dell'apertura della successione*».

(10) «*L'accettazione della donazione a favore di nascituri, benché non concepti, è regolata dalle disposizioni degli articoli 320 e 321*».

(11) «*Se è chiamato un concepto, l'amministrazione spetta al padre e, in mancanza di questo, alla madre*».

la patria potestad se dirige al cumplimiento y actuación de los deberes atribuidos a los padres; desde esta perspectiva, la patria potestad no es sino la responsabilidad de los padres, que a tal fin tienen el derecho-deber de tener al hijo consigo, de cumplir las funciones que le atribuye el artículo 147 del Código Civil, protegiendo al hijo, apoyándolo en su proceso formativo y tutelando su seguridad, su salud y su moralidad, promoviendo en él su bienestar psicofísico y una progresiva adquisición de autonomía.

Hoy en día puede decirse que la patria potestad es el conjunto de poderes y deberes que ostentan los padres con el fin de potenciar el crecimiento espiritual y físico del hijo, ejercitándolos con pleno respeto a su capacidad, inclinaciones naturales y aspiraciones (art. 147 CC) (12). Con esta referencia a la capacidad, inclinaciones y aspiraciones del menor, es decir, a su específica e irrepetible personalidad y subjetividad, y con la supresión de toda referencia a parámetros objetivos extrínsecos o políticos, el legislador atribuye a los progenitores la función de guiar a su hijo para que sea él mismo quien vaya conformando su estructura personal.

Pese a que la reforma del Derecho de Familia había presentado al interés del menor como principio nuclear de toda la disciplina normativa de la patria potestad, la práctica cotidiana ponía de relieve que el menor seguía siendo considerado no como sujeto de derecho sino como destinatario incidental de las decisiones de otros. Esta situación de pasividad del menor era consecuencia de una normativa que, en todo caso, le consideraba privado de autonomía e inhábil para tomar cualquier decisión antes de alcanzar la mayoría de edad. De esta manera se hacía prevalecer la coartada de defender al menor del mundo exterior sobre la exigencia de una mayor responsabilidad y autonomía. Esta perspectiva, preocupada más por proteger al sujeto débil que por promover su libertad, terminaría por provocar una mutación en el enfoque de la disciplina reguladora de la patria potestad, interpretada, en última instancia, como una responsabilidad de los padres, a ejercer en un plano de paridad y de respeto a la personalidad del menor (13).

Ahora bien, a semejante resultado no podía llegarse con el único apoyo de los instrumentos normativos, sino que resultaba imprescindible la praxis administrativa y judicial, más atenta, en el caso concreto, al interés superior del menor, dispuesta a escucharle (14) y abierta a una mayor colaboración de

---

(12) En este sentido, dice Sesta, *op. cit.*, 2007, pág. 212, esta disposición constituye uno de los momentos de mayor innovación de la reforma de 1975 en relación con la normativa precedente, redactada en 1942, que establecía que la educación e instrucción debían ser conformes con los principios de la moral y con el sentimiento nacional fascista.

(13) DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, Giuffrè, Milano, 2007.

(14) En la misma dirección se mueve un reciente proyecto de ley, que propone incorporar al texto del artículo 315 del Código Civil la previsión de que el hijo tenga

los expertos en disciplinas psicopedagógicas, en particular de los agentes de los servicios sociales.

#### 1.5. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y LAS CRISIS MATRIMONIALES

En el caso de separación personal de los cónyuges, debe examinarse la reforma jurídica introducida por la Ley 54/2006 (15) que, al modificar el artículo 155 del Código Civil, introduce en el párrafo 3.º el principio de que la patria potestad sigue atribuida a ambos progenitores, como consecuencia lógica de la norma que establece la custodia de los hijos menores también para ambos progenitores (lo que se denomina *affidamento condiviso*). Esta disposición sigue siendo aplicable cuando, en la regulación de la separación, el Juez deba optar por atribuir la custodia de los hijos sólo a uno de los cónyuges. El pleno ejercicio de la patria potestad por parte de cada uno de los cónyuges separados constituye la verdadera novedad de la reforma, uno de los pilares del nuevo sistema, al menos en la intención del legislador, frente a la precedente formulación del Código Civil en la que el ejercicio de la patria potestad era fraccionado entre el progenitor custodio (*genitore affidatario*) y el no custodio, al que se dejaban residualmente poderes de vigilancia y control.

La nueva norma quiere, pues, mantener la correlación entre la titularidad de la patria potestad y su ejercicio, incluso con posterioridad a la separación conyugal, permitiendo a cada uno de los progenitores conservar la posibilidad de decidir y actuar en todo aquello que considere oportuno para su hijo, con tal que respete la esfera del otro. Es, pues, esencial precisar que se trata de un ejercicio *condiviso*, es decir, un ejercicio autónomo de la responsabilidad derivada de la patria potestad pero compartiendo los padres la filosofía y los principios educativos del menor.

Esto no obstante, la reforma prevé también la posibilidad de que en cuestiones distintas de aquellas que suscitan mayor interés, el ejercicio de la patria potestad pueda ser atribuido de modo distinto a los dos progenitores, siempre que el Juez perciba que concurre un desacuerdo entre los mismos o cuando así lo aconsejen las particulares circunstancias de la situación objeto de valoración. En estos casos puede admitirse que la patria potestad, referida exclusivamente a la actuación ordinaria, sea ejercida separadamente. Esto mismo ocurrirá en los casos de comportamiento de un progenitor contrario a los intereses del menor, de progenitores que residan en lugares diferentes o en

---

derecho, siempre que posea suficiente capacidad de discernimiento, a ser escuchado en todas las cuestiones y procedimientos que le incumban.

(15) De esta cuestión nos ocuparemos más detenidamente en el capítulo siguiente, por lo que simplemente se esbozan aquí las innovaciones esenciales introducidas por la Ley 8 de febrero de 2006, n. 54.

aquellos supuestos en que se viva una situación de alta conflictividad, en los que la praxis impondrá la custodia exclusiva.

En última instancia, en el ejercicio de la patria potestad se atribuyen a los padres poderes en atención a los intereses personales del menor, pero sobre todo en atención a sus intereses patrimoniales (16).

## 2. DERECHOS RESPECTO DE LOS PROGENITORES

El menor tiene derecho, respecto de sus padres, a obtener una adecuada aportación en su itinerario formativo y en su desarrollo como persona, aportación que contribuya eficazmente a la construcción de una completa personalidad individual y social.

El Ordenamiento italiano hace expresamente referencia a una triple clasificación de derechos, al mantenimiento, a la instrucción y a la educación, pero parece evidente que estos derechos tan solemnemente proclamados no son sino articulaciones o manifestaciones de un único y global derecho del menor a obtener, en todo su desarrollo formativo, el apoyo, la guía y la protección para estructurarse adecuadamente como persona. La responsabilidad de los padres se asume, pues, a través de diversas funciones de promoción positiva del desarrollo psicofísico de menor, de tutela y de protección del mismo.

### 2.1. EL DERECHO AL MANTENIMIENTO

Siguiendo la dicción del artículo 30 de la Constitución italiana, el mantenimiento es la primera de las obligaciones de los padres. El progenitor tiene, ante todo, el deber de mantener al hijo y de proveer a las exigencias de su vida, atendiendo no sólo sus necesidades primarias (alojamiento y comida, vestido, atención médica) sino también todas aquellas que se dirijan a procurarle un adecuado desarrollo de su persona (libros, juegos, vida social).

El mantenimiento de los hijos recae sobre cada uno de los progenitores, llamados a contribuir, en proporción a su capacidad de trabajo, profesional o doméstico, a la satisfacción directa de las necesidades del hijo, propiciando un ambiente idóneo para su crecimiento (17). El cónyuge que haya cumplido

---

(16) Respecto de los intereses personales ha precisado la jurisprudencia que los padres tienen, en relación con los derechos de su hijo, una potestad y un deber (*potere-dovere*) de cuidado y vigilancia. Ellos representan al menor, ejercitando las acciones y los derechos de los que es titular, también frente a terceros, siempre con una función de protección del hijo, llevando la representación incluso a la tutela de los derechos personales (Cons. St., 02-05-1953, en *FI*, 1953, III, 1987; Cass. 14-03-2006, n. 5445).

(17) *SESTA, op. cit.*, 2007, pág. 216, expone que esta obligación se diferencia de la de alimentos en varios aspectos: a) la prestación debida a título de mantenimiento tiene un

íntegramente con su obligación de mantenimiento, podrá hacerse cargo de la cuota correspondiente al otro, sin perjuicio de su legitimación para reclamarle judicialmente el reintegro de dicha cuota, incluida la correspondiente al periodo anterior a la interposición de la demanda (18). En caso de incumplimiento, podrán resultar de aplicación las limitaciones de la patria potestad contempladas en los artículos 330 a 333 del Código Civil; incluso podrá procederse a la declaración de estado de adoptabilidad si concurriesen las condiciones de abandono del menor.

Es opinión generalizada que el deber de mantenimiento recae sobre los progenitores independientemente de la atribución formal de la patria potestad e incluso, a la vista del artículo 279 del Código Civil, de la comprobación del *status* de filiación. Esta consideración aparece confirmada por lo dispuesto en el artículo 148 del Código Civil, que impone a los ascendientes, legítimos o naturales, la obligación de proporcionar a los progenitores indigentes los medios necesarios para el cumplimiento de sus deberes respecto de sus hijos. Debe hacerse notar que los ascendientes, aun siendo obligados, no tienen la patria potestad; la prestación de los ascendientes está dirigida a los padres y no directamente a los hijos. Se percibe aquí una diferencia sustancial con relación a la normativa anteriormente vigente. Así, mientras en la regulación primitiva la insuficiencia de medios de los padres determinaba una especie de transferencia de los deberes de mantenimiento de estos últimos a los ascendientes, que asumían así una obligación directa respecto de sus descendientes menores, en la actualidad los ascendientes están obligados a proporcionar los medios para el sostenimiento a los padres. De este modo, el legislador ha pretendido evitar toda intromisión de los ascendientes en el ejercicio de la patria potestad, tutelando, de una parte, a los padres, a quienes corresponde en exclusiva determinar cómo va a ser empleada la contribución de los abuelos y, de otra parte, a los menores, a los que se garantiza el mantenimiento de los vínculos familiares en todos sus aspectos, incluso en las situaciones de dificultad económica.

Por último, conviene matizar que la obligación de mantenimiento de los hijos no cesa cuando éstos hayan alcanzado la mayoría de edad, sino que se

---

contenido más extenso, no limitándose a satisfacer las necesidades elementales de la vida sino comprendiendo también cualquier otro gasto necesario para enriquecer la personalidad del beneficiario; *b*) el mantenimiento no está subordinado al estado de necesidad del beneficiario y emana automáticamente de la condición de miembro de la familia, prescindiendo de cualquier otra consideración; *c*) el obligado para ser exonerado debe demostrar, además de la falta de medios, la imposibilidad de procurárselos por circunstancias ajenas a su voluntad.

(18) Además apunta SEDA, *op. cit.*, 2007, págs. 218-219, que la violación de los deberes que cada uno de los progenitores tiene respecto de los hijos puede hacer surgir una responsabilidad extracontractual y la consiguiente obligación de resarcirle el daño ocasionado.

mantendrá hasta que el hijo se encuentre capacitado por sí mismo para satisfacer sus propias exigencias de modo adecuado (19). Hoy, el artículo 155 *quinquies* del Código Civil establece explícitamente la subsistencia de la obligación de mantenimiento de los hijos mayores de edad que carezcan de independencia económica. Aunque la norma se circunscriba a la situación de separación de los cónyuges, no cabe duda de que el principio afirmado en ella tiene validez en otros supuestos. De la combinación de los artículos 30 de la Constitución, 147 y 155 *quinquies* del Código Civil, puede desprenderse la regla de que los padres están obligados al mantenimiento de los hijos no sólo hasta que alcancen la mayoría de edad, sino hasta que logren su independencia económica, hecha siempre la salvedad de aquellos casos en los que el hijo, pese a haber concluido su periodo de formación, no emprenda voluntariamente una actividad laboral coherente con el mismo.

## 2.2. EL DERECHO A LA INSTRUCCIÓN

Sobre el progenitor pesa también la obligación de instruir al hijo y de proporcionarle los medios necesarios para que pueda desarrollar regularmente sus actividades escolares o profesionales, no obstaculizando injusta o arbitrariamente las tendencias del hijo hacia un determinado tipo de instrucción más coherente con sus aspiraciones profesionales o vocacionales (20).

En este sentido, la Constitución reconoce y tutela un derecho a la instrucción, no tanto en el ámbito de las relaciones paterno-filiales (art. 30.1 de la Constitución) como en otro más amplio referido a la relación entre los menores e instituciones externas a la familia (art. 34 de la Constitución). Se trata, en definitiva, de una misma función, sólo que atribuida a distintos sujetos y realizada a través de distintos instrumentos (21).

Por lo que se refiere al ámbito interno de la familia, los hijos deben ser instruidos en las formas y con los límites connaturales a las posibilidades de sus padres y, al mismo tiempo, se les debe permitir que ejerciten su derecho a la instrucción en una sede distinta de la familia.

Al Estado le corresponde el deber de ofrecer las estructuras necesarias para que los padres puedan cumplir la función que se les ha encomendado.

---

(19) BESSONE, «Diritto al mantenimento del figlio maggiorenne e direttive dell'art. 30 comma 1, Cost.», en *Giur. It.*, 1975, I, 2, pág. 621. DOGLIOTTI, «Diritto del figlio maggiorenne al mantenimento e obblighi del genitore in applicazione dei principi costituzionali», en *Giur. Merito*, 1976, I, pág. 200.

(20) NUTINI, M. y PALLANTE, R., *La riforma Moratti e le autonomie scolastiche e locali: aggiornato al d.lgs. 19 novembre 2004, n. 286, sul servizio nazionale di valutazione del sistema d'istruzione e al d.lgs. 19 febbraio 2004, n. 59, sulle norme generali per la scuola dell'infanzia e del primo ciclo*, 3.<sup>a</sup> ed., 2005.

(21) CARINGELLA, F., *Il riparto di giurisdizione*, 2.<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2008.

Incumbe igualmente al progenitor la obligación de controlar que el hijo concluya, como mínimo, el periodo de escolarización básica, siendo penalmente sancionado el incumplimiento de este deber (art. 731 CP). Este precepto, concretamente, viene a exigir responsabilidad por la instrucción del menor hasta los catorce años, a todo aquél que ostente autoridad sobre él o que se encargue de su vigilancia.

En este sentido, es importante dejar constancia de que el derecho del menor a la instrucción no puede, en la mayoría de los casos, considerarse culminado con la fase de escolarización básica obligatoria. En caso de conflicto entre la exigencia del progenitor de obtener una contribución económica del hijo que se encuentre en edad laboral y la exigencia del menor de formar adecuadamente una personalidad que le permita desarrollar en la vida social una actividad para la que él esté más capacitado, es esta segunda exigencia la que debe recibir un tratamiento privilegiado (22).

### 2.3. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Incumbe también al progenitor el deber de educar a su hijo, poniéndose junto a él en el difícil camino de adquirir una completa identidad y de construir una adecuada personalidad social. Ahora bien, el análisis de este deber resulta sumamente complejo, pues el contenido de la educación se encuentra estrechamente vinculado a la evolución de los estudios sociales y pedagógicos y de la sociedad en general.

El Ordenamiento ha considerado oportuno renunciar a toda definición de un modelo educativo general, que los padres deban seguir o al que deban ajustarse en la educación de sus hijos, pues esta postura supondría el reconocimiento de una incapacidad formativa por parte de aquéllos.

Es evidente, pues, el cambio de óptica bajo la cual se mira hoy la función educativa. El legislador no considera oportuno definir los cánones precisos que, una vez seguidos, permitirían considerar automáticamente buena una determinada educación; no considera que deba basarse en un criterio puramente formal ajeno a las peculiaridades de las relaciones entre dos personas; no se limita a intervenir en el solo caso en que se constate un resultado negativo, a la vista de la conducta del menor, de la función educativa (23).

---

(22) En relación con este punto, precisa SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 219, que corresponde a los órganos educativos y a los entes locales la función de ofrecer la estructura adecuada para garantizar una asistencia regular a la escuela.

(23) BUSNELLI, «Due diverse concezioni del rapporto educativo», en *Dir. Fam.*, 1982, pág. 71. GIARDINA, «I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia», en *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1977, pág. 1352. ZATTI, «Rapporto educativo e intervento del giudice», en DE CRISTOFARO e BELVEDERE, *L'autonomia del minore tra fa-*

El artículo 147 del Código Civil se centra particularmente en el sujeto respecto del cual debe ser realizada la función educativa, obligando a los progenitores a tener en cuenta su capacidad, sus inclinaciones y sus aspiraciones personales. Centrada la atención en la personalidad del menor y en las ayudas que deben prestársele para desarrollar en él todas las potencialidades positivas, la función educativa confiada a los padres asume connotaciones particularmente significativas y deviene, por ello, más participativa, más comprometedora. La intervención correctora de los poderes públicos se limita sólo al caso en que los derechos fundamentales del desarrollo humano puedan ser comprometidos debido a un insuficiente o defectuoso desempeño de la función educativa (24).

Lógicamente, la acción de los padres en el proceso educativo será distinta según la edad del menor y su respectiva madurez. A medida que el hijo crece, los progenitores deben saber encontrar el modo en que el menor tenga la posibilidad de experimentar, en el marco de la seguridad que le brinda el afecto de sus padres, su propia autonomía. Es esencial que los padres reconozcan que el hijo pertenece a un contexto temporal diferente al suyo, que está dentro de su vida pero, simultáneamente, inicia una vida autónoma; en consecuencia, no es posible pretender en los hijos una continuidad repetitiva de las experiencias de los padres: deben saber aceptar las novedades de las que cada generación es custodia (25).

La jurisprudencia, por su parte, viene reconociendo desde hace tiempo el deber de los padres de respetar las decisiones de sus hijos, sobre todo, en lo relativo a sus estudios, formación profesional, funciones políticas o sociales y creencias religiosas (26). En relación con el empleo de medios de correc-

---

*miglia e società*, Milano, 1980, pág. 215. ROPPO, «Ruolo del giudice nei rapporti familiari e interesse minorile», en *Dir. Fam.*, 1982, pág. 284.

(24) SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 221, entiende que la libertad educativa encuentra su primer límite en los principios fundamentales del Ordenamiento, derivados tanto de las disposiciones constitucionales como de la legislación penal, que ponen de manifiesto un mínimo ético en orden a la convivencia social. Sería contradictorio, dice el autor, considerar que la acción pedagógica pueda lícitamente desarrollarse en contra de los valores en los que se fundamenta el Ordenamiento que rige la sociedad de la que el menor forma parte.

(25) Los deberes inherentes a la patria potestad —ha afirmado el Trib. Min. Génova, 5 de diciembre de 1978, en *Giur. Merito*, 1980, pág. 305— se concretan esencialmente en la promoción de la personalidad del hijo, con la satisfacción de sus exigencias materiales, morales y afectivas.

(26) Ya en 1959, el Tribunal de Menores de Génova reconoció que un joven de diecisiete años estaba preparado para decidir autónomamente sus creencias religiosas, sin que los padres pudieran emplear medios coercitivos para cambiar la voluntad del hijo. En algunas decisiones del Tribunal de Menores de Bolonia, la atención se dirigió a los intereses del menor en sus relaciones con sus padres afirmando que, a la luz de los principios constitucionales, la patria potestad no comprendía el derecho a contradecir, incluso mediante restricciones personales, las decisiones ideológicas y culturales del hijo menor, sino

ción en el ejercicio de la función educativa, la Corte casacional ha establecido que las normas del Código Penal que regulan los abusos de los medios de corrección (arts. 571 y 572 CP) deben ser interpretadas a la luz de la Constitución y del artículo 147 del Código Civil, teniendo también en cuenta lo establecido por la Convención de los Derechos de Niño de 1989, ratificada por Italia por Ley n. 176/1991, y por la Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos del niño, ratificada por Ley n. 77/2003 (27).

#### 2.4. EL DERECHO AL RESPETO DE SU PROPIA PERSONALIDAD

En el marco del respeto a la personalidad del menor debe subrayarse cómo el Ordenamiento jurídico impone a los padres el deber de cumplir todas las obligaciones que le son impuestas para el desarrollo personal y humano de su hijo, teniendo en cuenta y respetando siempre «la capacidad, las inclinaciones naturales y las aspiraciones del hijo» (art. 147 CC).

Los deberes previstos por el artículo 147 no pueden ser reducidos por los padres a meras obligaciones pecuniarias sino que implican una tarea continuada para lograr el adecuado desarrollo de la persona del menor, haciéndolo capaz, a través del proceso educativo, de asumir con plena madurez sus propias responsabilidades en el marco social. No es una competencia formal la que se atribuye a los padres; no es una función que se pueda cumplir limitándose a firmar un cheque o a delegar en otros la propia e irrenunciable responsabilidad. Es una función que implica una labor moral de la persona, que solamente se traduce y reduce a obligaciones económicas cuando sea absolutamente imposible el desempeño personal de la compleja tarea de ser padres.

### 3. DEBERES RESPECTO DE LOS PROGENITORES

#### 3.1. EL DEBER DE RESPETO

Los deberes de solidaridad intergeneracional no solamente recaen sobre los padres respecto de sus hijos, sino también sobre estos últimos en relación con los primeros. Sin embargo, hay que poner de manifiesto que, mientras el bino-

---

que debía ser ejercitada con pleno respeto a las libertades fundamentales y a los derechos inviolables de la persona.

(27) En modo alguno puede considerarse lícito el uso de la violencia con fines educativos, ya sea, como señala SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 223, por la prioridad que el Ordenamiento atribuye a la dignidad de la persona, aunque sea menor, ya sea porque no puede pretenderse, como meta educativa, un armónico desarrollo de la personalidad, sensible a los valores de paz, tolerancia y convivencia, utilizando medios violentos, contradictorios con tales fines.

mio «derechos-deberes» está sólidamente afincado en lo que se refiere a los padres, incluso a nivel constitucional (art. 30 de la Constitución), no puede decirse lo mismo respecto de los hijos, en los cuales resulta muy acentuado el aspecto de sus derechos y un poco abandonado el relativo a sus deberes (28).

Existe una norma, el artículo 315 del Código Civil (29), que contempla los deberes de los hijos, pero de manera claramente insatisfactoria. Primero de todo, porque aparece absurdamente inserta en el Título del Código Civil relativo a la patria potestad, lo que implica que tales deberes son considerados como funciones relativas al ejercicio de la patria potestad y no como aspectos de la solidaridad vertical en el seno de las relaciones de filiación (30). Después, porque entre los deberes de naturaleza no patrimonial solamente está previsto el deber de respeto a los progenitores, basado más en una actitud pasiva que activa. Desde el punto de vista de las relaciones personales, esta norma presenta una importante innovación con respecto al texto precedente al sustituirse la expresión *honrar y respetar* por el simple deber de respetar, lo que refleja que la posición de los hijos respecto de sus padres no debe concebirse ya en términos de sujeción y obediencia, sino de simple respeto hacia aquéllos que ostentan la patria potestad (31).

### 3.2. LA CONTRIBUCIÓN AL MANTENIMIENTO DE LA FAMILIA

Desde el punto de vista patrimonial, el deber de mayor entidad reconocido a cargo del hijo es el de «*contribuir en proporción a su patrimonio y a su renta al mantenimiento de la familia mientras conviva con ella*». Viene así reconocida, junto a la obligación tradicional, fundada en las relaciones de filiación, de prestar alimentos al ascendiente, la obligación de contribuir al mantenimiento de la familia, participando en los gastos necesarios, satisfaciendo así no sólo las necesidades individuales sino las del grupo familiar considerado en su conjunto. Esta innovación debe considerarse como el corolario de la transformación experimentada por la concepción de la familia y, en particular, de la posición del hijo en el seno de la misma (32).

Constituyendo la normativa vigente un considerable paso adelante, debe ponerse de manifiesto que la condición exigida de convivencia atenúa el valor

(28) AIMERITO, F., *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno: la centralità della persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità*, Torino, 2008.

(29) «*Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa*».

(30) MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2002, pág. 178.

(31) RUSCELLO, F., *La potestà dei genitori: rapporti personali*, 2.<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2006.

(32) RUSCELLO, F., *La potestà dei genitori: rapporti patrimoniali*, Giuffrè, Milano, 2007.

solidario que debería derivarse de la relación de filiación. No se comprenden las razones de un diferente concepto de la solidaridad en el ámbito de las relaciones conyugales y en el ámbito de las relaciones paterno-filiales: en el primer caso el deber de contribución permanece, aunque no haya convivencia, mientras en el segundo tal deber se desvanece cuando el hijo abandona la casa familiar.

Queda a cargo del hijo solamente una obligación de alimentos, pero exclusivamente si el progenitor carece de los medios necesarios para su sustento. No obstante, mientras la obligación de contribuir al mantenimiento de la familia tiende a eliminar todas las diferencias entre el nivel de vida del sujeto obligado y del sujeto beneficiario, la obligación de alimentos tiene la finalidad de cubrir las exigencias más esenciales del sujeto necesitado.

### 3.3. EL ABANDONO DE LA CASA FAMILIAR

En última instancia, el hijo menor tiene también el deber de permanecer en la casa familiar o con el progenitor custodio: el Ordenamiento prevé que, en el caso de que se aleje sin permiso, pueda ser reclamado por los progenitores recurriendo éstos, si fuera necesario, a la autoridad judicial (art. 318 CC) (33). El progenitor podrá, además, obligar al hijo a volver a la vivienda familiar empleando la fuerza física; consiguientemente, las conductas constitutivas de los delitos a los que se refieren los artículos 605 CP (secuestro) y 610 (violencia privada), en línea de principio, podrán estar justificadas cuando se realicen en ejercicio de este derecho de los padres. Sólo se recabará la intervención judicial cuando los progenitores no consigan por sí solos que el hijo vuelva a la casa familiar.

## 4. LA REPRESENTACIÓN DEL MENOR Y LA ADMINISTRACIÓN DE SUS BIENES: PODERES DERIVADOS DE LA PATRIA POTESTAD

Particular interés ha demostrado el legislador italiano en la regulación de todos aquellos aspectos relativos a la administración del patrimonio del menor y a la representación del mismo en el ámbito de sus derechos patrimonia-

---

(33) «*Il figlio non può abbandonare la casa dei genitori o del genitore che esercita su di lui la potestà né la dimora da essi assegnatagli. Qualora se ne allontani senza permesso, i genitori possono richiamarlo ricorrendo, se necessario, al giudice tutelare*». La jurisprudencia ha estimado que el Juez no puede ser considerado un mero instrumento al servicio de la potestad de los padres (Trib. Min. Bologna, 23-10-1973, en *Dir. fam.*, 1974, pág. 1063) y que el recurso de los padres al Juez deberá ser rechazado si la decisión del menor de alojarse con otras personas obedece a razones relacionadas con el desarrollo de su personalidad (Pret. Génova, 22 de abril de 1978, en *Dir. Fam.*, 1979, pág. 1236).

les. Los padres son los representantes legales del hijo menor y administran y gestionan su patrimonio, pudiendo éste ser adquirido como consecuencia de una donación o sucesión o por la indemnización de los daños y perjuicios sufridos (34).

En concreto, tratándose de actos de administración ordinaria sobre los bienes del menor, a excepción de los contratos a través de los que se transmitan o se adquieran derechos personales de disfrute, pueden ser realizados por cada uno de los progenitores (art. 320 CC) (35).

Los padres no pueden enajenar, hipotecar o dar en prenda los bienes que el menor hubiese adquirido por cualquier título, incluso *mortis causa*, aceptar o renunciar herencias o legados, aceptar donaciones, disolver comunidades de bienes, celebrar el contrato de mutuo o de arrendamiento por periodo superior a nueve años o realizar cualquier otro acto que exceda de la administración ordinaria, ni promover, transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a tales actos, sino en los casos de necesidad o utilidad evidente para el hijo y con autorización judicial (art. 320.3 CC) (36).

Del mismo modo, sin dicha autorización, no podrán cobrar cantidades (art. 320.4 CC) (37); tampoco podrán continuar el desarrollo de una actividad empresarial sin la autorización del Tribunal, una vez escuchado el parecer del

---

(34) El ejercicio de la acción directa para obtener el resarcimiento del daño causado al menor, en aras de reintegrar su patrimonio lesionado como consecuencia del acto dañoso, pertenece a los actos de administración ordinaria y, por tanto, puede ser realizado por el progenitor que ejerce la patria potestad sin autorización judicial (Cass. Sez. III, 11-01-1989, n. 56, *GC* 1989, f. 1; Cass 17-04-1972, n. 1214, en *DF* 1972, 986; Cass. Sez. III, 30-01-1982, n. 599, en *RD* 1982).

(35) «*I genitori congiuntamente, o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, rappresentano i figli nati e nati in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni. Gli atti di ordinaria amministrazione, esclusi i contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento, possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore*».

Pone de relieve la jurisprudencia que pueden ser considerados como actos de administración ordinaria los que presentan estas tres características: a) que sean objetivamente útiles para la conservación del valor y de las características objetivas esenciales del patrimonio en cuestión; b) tener un valor económico particularmente elevado en relación con el valor total del patrimonio; c) comportar un margen de riesgo asumible en relación con las características del patrimonio. En cambio, se considerarán de administración extraordinaria aquellos actos que no presenten estos tres caracteres (Cass. Sez. III, 15-05-2003, n. 7546, en *GC* 2003, F.5).

(36) «*I genitori non possono alienare, ipotecare o dare in pegno i beni pervenuti al figlio a qualsiasi titolo, anche a causa di morte, accettare o rinunciare ad eredità o legati, accettare donazioni, procedere allo scioglimento di comunioni, contrarre mutui o locazioni ultranovennali o compiere altri atti eccedenti la ordinaria amministrazione né promuovere, transigere o compromettere in arbitri giudiziari tali atti, se non per necessità o utilità evidente del figlio dopo autorizzazione del giudice tutelare*». Vid. MORO, *op. cit.*, Bologna, 2002.

(37) «*I capitali non possono essere riscossi senza autorizzazione del giudice tutelare, il quale ne determina l'impiego*».

Juez (art. 320.5 CC) (38), si bien éste podrá autorizar el ejercicio provisional de la actividad empresarial aunque el Tribunal no se haya pronunciado.

Por lo que se refiere a la transacción, como regla general, la facultad de transigir, cuando se refiere a actos de mera conservación y mejora del patrimonio, puede ejercitarse sin autorización judicial; sin embargo, en el caso de que la transacción tenga por objeto una controversia relativa a la indemnización de daños en interés del hijo menor, constituye un acto de extraordinaria administración cuando tenga por objeto un daño que, por su propia naturaleza, pueda incidir profundamente en la vida del menor lesionado. En este caso es necesaria, para la validez de la transacción, la autorización del Juez (art. 320 CC).

En todo caso, la jurisprudencia ha considerado que el ejercicio de una acción judicial en representación del menor de edad por parte del progenitor titular de la patria potestad no constituye un acto que exceda de la administración ordinaria cuando su finalidad sea la conservación del patrimonio del menor (39). También el ejercicio de la acción para la constitución de una servidumbre de paso a favor del predio sin salida a la vía pública debe entenderse como un acto de administración ordinaria, en cuanto redunde en la conservación o mejora de los bienes; en el caso de que éstos pertenezcan a un menor, podrá ser promovida sin necesidad de la preceptiva autorización.

El Código Civil prevé, finalmente, que los padres no podrán, ni siquiera en pública subasta, ser adquirentes, directamente o por medio de otras personas, de bienes o derechos del menor. En caso de contravención de este deber, la acción de anulabilidad de tales actos corresponderá al hijo y a sus herederos. Tampoco podrán los progenitores convertirse en cesionarios de un crédito en contra del menor. El Código Civil, a través de una norma que viene a subrayar el principio de solidaridad intrafamiliar, contempla que los padres que ejerzan la patria potestad sobre sus hijos menores pueden percibir el usufructo de los bienes de sus hijos, pudiendo destinar los frutos al mantenimiento de la familia así como a la instrucción y educación de sus hijos (art. 324 CC) (40). No obstante, el Ordenamiento (art. 326 CC) impone una prohibición general de enajenar dicho usufructo y prescribe que, en caso de nuevo matrimonio del progenitor, éste pueda conservar el usufructo, poniendo a disposición del hijo todo cuanto exceda de los gastos de mantenimiento, educación e instrucción (art. 328 CC).

---

(38) *«L'esercizio di una impresa commerciale non può essere continuato se non con l'autorizzazione del tribunale su parere del giudice tutelare. Questi può consentire l'esercizio provvisorio dell'impresa, fino a quando il tribunale abbia deliberato sulla istanza».*

(39) Cass. 06-08-1999, en GC 1999, I, 838; Cass. 12-04-1988, n. 2869.

(40) De este precepto nos ocuparemos, con más detenimiento, en un epígrafe posterior, dedicado al usufructo legal.

En el caso de conflicto de intereses patrimoniales entre los hijos sujetos a la patria potestad o entre éstos y los progenitores o el progenitor que ejerza la misma, se prevé (art. 320.6 CC) que el Juez nombre a los hijos un curador especial dotado de los mismos poderes y funciones que los padres, aunque con una intervención limitada al acto o actos a realizar (41).

En todo caso, debe también especificarse que el conflicto de intereses puede ser indirecto si los padres están ligados por vínculos afectivos o negociales con otra persona que, a su vez, se encuentre en conflicto de intereses con los hijos, siempre que estos vínculos sean de tal naturaleza que permitan considerar que los padres comparten plenamente sus intereses con esta tercera persona (42).

La ley establece, finalmente, que en aquellos casos en los que los padres no quieran o no puedan realizar, en beneficio del interés del hijo menor, uno o más actos de los que excedan de la administración ordinaria, el Juez, a petición del hijo, del Ministerio Fiscal o de un pariente titular de algún interés, oídos a los padres, podrá nombrar al menor un curador especial autorizado para la realización de tales actos, tutelando al hijo en los supuestos de rechazo inmotivado (art. 321 CC) (43).

## 5. EL USUFRUCTO LEGAL

El artículo 324 del Código Civil dispone que los progenitores que ejerzan la patria potestad tienen el usufructo de los bienes de su hijo.

Se considera que la previsión del usufructo legal de los progenitores está inspirada en el principio de solidaridad familiar; desde este punto de vista, la función del usufructo legal consiste en una contribución del hijo al mantenimiento de la familia. Esta interpretación resulta posteriormente confirmada por el deber general de contribución del hijo, previsto por el artículo 315 del Código Civil, respecto al cual el usufructo legal viene a configurarse como una manifestación concreta.

El artículo 324.3 del Código Civil indica algunas categorías de bienes sustraídos al usufructo legal. La primera de ellas está constituida por aquellos bienes que el hijo ha adquirido con las ganancias de su propio trabajo

---

(41) «*Se sorge conflitto di interessi patrimoniali tra i figli soggetti alla stessa potestà, o tra essi e i genitori o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, il giudice tutelare nomina ai figli un curatore speciale. Se il conflitto sorge tra i figli e uno solo dei genitori esercenti la potestà, la rappresentanza dei figli spetta esclusivamente all'altro genitore*». Cass. 16-09-2002, n. 13507, en *ND* 2004; Cass. Sez. U. 16-10-1985, n. 5073; Cass. 18-02-1985, n. 1357, en *FI* 1985, I, 2579.

(42) GAZZONI, *op. cit.*, Napoli, 2006.

(43) BUCCIANTE, «La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione», *Tratt. Rescigno*, 4, t. III, Torino, 1982.

(art. 324.3.1 CC); en la segunda se incluyen los bienes dejados o donados al hijo para emprender su carrera o vida profesional (art. 324.3.2 CC). No forman parte tampoco del usufructo legal los bienes donados a los hijos o dejados en herencia, cuando el donante o causante los hubiese excluido expresamente del usufructo legal de los padres (art. 324.3.3 CC). Quedan también excluidos los bienes recibidos en herencia, legado o donación y aceptados en interés del hijo contra la voluntad de los padres que ejerzan la patria potestad (art. 324.3.4 CC). En tal caso, el hijo aceptará por medio de un curador especial, nombrado a través de la modalidad prevista por el artículo 321 del Código Civil, correspondiendo a los padres la administración de tales bienes, pero no su usufructo.

## 6. EL CONTROL SOBRE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

### 6.1. LA *DECADENZA* DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad, en cuanto institución a través de la cual los progenitores cumplen los deberes de mantenimiento, instrucción y educación de los hijos, está lógicamente sujeta a control, a fin de verificar la adecuación de su ejercicio a la finalidad para la que tales poderes han sido atribuidos.

Otras garantías posteriores, igualmente dirigidas a la tutela de los menores, vienen establecidas por las normas (arts. 322 y 323 CC) que establecen cuál es el comportamiento que los progenitores deben observar, comprendiendo no sólo los actos que les están prohibidos realizar sino también su posible remoción en caso de mala administración.

En aquellos casos en los que los padres vulneren o descuiden los deberes vinculados a la patria potestad, o abusen de su potestad, causando un grave perjuicio al hijo, el Juez puede determinar la extinción (*decadenza*) de la patria potestad misma.

La violación, el descuido o el abuso no necesariamente deben obedecer a dolo o culpa por parte de los progenitores; no son éstos los elementos fundamentales a tomar en consideración. Lo que verdaderamente importa es que la violación objetiva de los deberes inherentes a la responsabilidad paterno-filial, de la que deriva un grave perjuicio para el menor, justifica la exclusión de la atribución de un poder que conlleva el riesgo de alterar significativamente el proceso formativo del hijo (44).

La jurisprudencia alberga una amplia casuística de comportamientos relevantes en orden a la extinción de la patria potestad, entre otros, la hipótesis en la que la conducta perjudicial del progenitor consiste no sólo en los abusos

---

(44) MORO, *op. cit.*, 2002.

y malos tratos cometidos directamente sobre la persona del menor, sino también aquéllos cometidos indirectamente, por ejemplo, por afectar a parientes próximos de aquél. También las manifestaciones de agresividad realizadas por un cónyuge en relación con el otro, con perjuicio para la esfera psicológica de los hijos menores, justifican la adopción de medidas extintivas de la patria potestad.

Desde un punto de vista procesal, la jurisprudencia considera que las decisiones modificativas, extintivas o restitutivas de la patria potestad de los progenitores, adoptadas por el Juez sobre la base de los artículos 330, 332, 333 y 336 del Código Civil, constituyen expresiones de la jurisdicción voluntaria, no contenciosa, porque no resuelven conflictos entre derechos situados en un plano de igualdad, sino que están reconocidos para atender a la exigencia prioritaria de la tutela de los intereses de los hijos.

## 6.2. LIMITACIONES Y CONDICIONES A LA PATRIA POTESTAD

En aquellas situaciones en las que, concurriendo una conducta del progenitor perjudicial para el hijo menor, no sea necesario adoptar medidas radicales, como es el caso de la privación de la patria potestad, el Juez podrá acordar, en orden a la tutela de los menores, alguna limitación a la misma. En estos casos, el artículo 333 del Código Civil, modificado por la Ley 28 de marzo de 2001, n. 149, prevé, como solución, no sólo el alejamiento del menor de la residencia familiar sino también la atribución al Juez de la posibilidad de disponer el alejamiento del progenitor o del conviviente que maltrata o abusa del menor (45). Establecer cuando el comportamiento de los progenitores constituye expresión de su discrecionalidad educativa y cuando, en cambio, vulnera los límites impuestos en interés del menor, es una tarea nada sencilla confiada, principalmente, a la sensibilidad del Juez.

En numerosas ocasiones, el Juez, en casos de negación injustificada por parte de los padres a autorizar tratamientos sanitarios necesarios para salvaguardar la salud del menor, ha recurrido al artículo 333 del Código Civil. Ha sido considerado también como perjudicial para el menor el comportamiento del progenitor que, sin justificación aparente, impide al hijo todo contacto con sus abuelos, reconociéndose a estos últimos la facultad de acudir al Juez,

---

(45) Las medidas aplicables en virtud del artículo 333 del Código Civil han sido invocadas para alejar al menor de la residencia familiar en orden a proteger sus propias convicciones ideológicas y culturales (Trib. Min. Bologna, 23-10-1973); para consentir al menor cultivar las relaciones con sus abuelos (Cass. 24-02-1981, n. 1115, en *GC* 1982, I, 742); para consentir una transfusión de sangre negada por el progenitor por razones religiosas (Pret. Arezzo, 24-04-1963) o para permitir practicar sobre el menor las vacunaciones obligatorias a las que el progenitor era contrario por convicciones religiosas (Cass. 08-07-2005, n. 14384).

en aplicación de los artículos 333 a 336 del Código Civil, para conseguir una decisión que, limitando la potestad del progenitor, le asegure la posibilidad de mantener una relación asidua con el menor.

Las decisiones extintivas o limitativas del ejercicio de la patria potestad o de remoción de la administración son adoptadas a instancia del otro progenitor, de los parientes o del Ministerio Fiscal, y también, en la sola hipótesis de que se trate de revocar decisiones anteriores, del progenitor interesado. Cuando la decisión sea solicitada en contra de uno de los progenitores, éste deberá ser necesariamente oído por el Juez (46).

Respecto a la cuestión relativa a la competencia territorial, se establece que sea solamente la residencia de hecho del menor la que determine el Tribunal competente en materia de privación y limitación de la patria potestad (47).

## 7. LA EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD Y SU RECUPERACIÓN

La patria potestad tiene una duración limitada, estando destinada a extinguirse con el cumplimiento de la mayor edad o con la emancipación del hijo (art. 316.1 CC) (48).

Causas de extinción de la patria potestad son, por otra parte, la muerte del hijo menor y la muerte de los padres; en caso de fallecimiento de uno solo de los progenitores, se concentrará la patria potestad en el supérstite (49).

La pérdida de la patria potestad está prevista como pena accesoria en el caso de comisión de delitos (arts. 19.6 y 34 CP). La suspensión de la patria potestad es una pena accesoria del delito de incesto (art. 564 CP). En aplicación de este precepto, la sentencia pronunciada contra el progenitor implica la pérdida de la patria potestad respecto de todos los hijos del condenado, no sólo respecto del menor víctima de los abusos.

En última instancia, el Juez puede reintegrar en la patria potestad al progenitor cuando cesan las razones por las que se le privó de aquélla, y una vez excluidos todos los perjuicios para el hijo menor (art. 332 CC). La recuperación implica la nueva adquisición de todos los poderes inherentes a la patria potestad, incluido el usufructo legal.

---

(46) Corte Cost. 22-11-2000, n. 528; Corte Cost. 20-01-2002, n. 1.

(47) Cass. 11-02-2005, n. 2877, en *DG* 2005; Cass. 23-01-2003, n. 1058, en *GC* 2003, 163.

(48) BONILINI, G., *Manuale di Diritto di Famiglia*, UTET, Torino, 2005, pág. 286.

(49) CERATO, M., *La potestà dei genitori: i modi di esercizio, la decadenza e l'affievolimento*, Giuffrè, Milano, 2000.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. DOCTRINA ITALIANA

- AIMERITO, F.: *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno: la centralità della persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità*, Torino, 2008.
- BESSONE: «Diritto al mantenimento del figlio maggiorenne e direttive dell'art. 30 comma 1, Cost.», *Giur. It.*, 1975, I, 2.
- BONILINI, G.: *Manuale di Diritto di Famiglia*, UTET, Torino, 2005.
- BUCCIANTE: «La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione», *Tratt. Rescigno*, 4, t. III, Torino, 1982.
- BUSNELLI: «Due diverse concezioni del rapporto educativo», *Dir. Fam.* 1982.
- CARINGELLA, F.: *Il riparto di giurisdizione*, 2.<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2008.
- CERATO, M.: *La potestà dei genitori: i modi di esercizio, la decadenza e l'affievolimento*, Giuffrè, Milano, 2000.
- DOGLIOTTI: «Diritto del figlio maggiorenne al mantenimento e obblighi del genitore in applicazione dei principi costituzionali», *Giur. Merito*, 1976; «La potestà dei genitori e l'autonomia del minore», Giuffrè, Milano, 2007.
- FERRI: «La potestà dei genitori», *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1988.
- GAZZONI: *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2006.
- GIARDINA: «I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia», *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1977.
- MORO: *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2002.
- NUTINI, M. y PALLANTE, R.: *La riforma Moratti e le autonomie scolastiche e locali: aggiornato al d.lgs. 19 novembre 2004, n. 286, sul servizio nazionale di valutazione del sistema d'istruzione e al d.lgs. 19 febbraio 2004, n. 59, sulle norme generali per la scuola dell'infanzia e del primo ciclo*, 3. ed., 2005.
- ROPPO: «Ruolo del giudice nei rapporti familiari e interesse minorile», *Dir. Fam.*, 1982.
- RUSCELLO, F.: *La potestà dei genitori: rapporti personali*, 2.<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2006. *La potestà dei genitori: rapporti patrimoniali*, Giuffrè, Milano, 2007.
- SESTA, M.: *Manuale di Diritto de Famiglia*, 2.<sup>a</sup> ed., CEDAM, Padova, 2007.
- STANZIONE: «Potestà dei genitore e diritti fondamentali del minore», *RaDC*, 1980.
- VERONESI, S.: *L'intervento del giudice nell'esercizio della potestà dei genitori*, Giuffrè, Milano, 2008.
- ZATTI: «Rapporto educativo e intervento del giudice», en DE CRISTOFARO e BELVEDERE, *L'autonomia del minore tra famiglia e società*, Milano, 1980.

RESUMEN

PATRIA POTESTAD

*El menor de edad, salvo algunas excepciones, está sometido en el Ordenamiento jurídico civil italiano a una situación caracterizada por una absoluta incapacidad de obrar en el ámbito patri-*

ABSTRACT

PARENTAL AUTHORITY AND DUTY

*Save for a few exceptions, under Italian civil law a minor is absolutely incapable of taking action with regard to property, especially as concerns the conclusion of legal acts. A minor is substitu-*

monial, especialmente en todo lo relativo a la celebración de negocios jurídicos, siendo sustituido y representado en tal actividad por sus padres, en cuanto titulares de la patria potestad.

La razón en la que se fundamenta esta potestad consiste en un *munus* conferido por el Ordenamiento a favor de los progenitores, que en modo alguno puede considerarse discrecional, sino que debe ser entendido con un carácter instrumental, en cuanto dirigido a potenciar y desarrollar adecuadamente el proceso formativo y educativo del hijo menor. La previsión que el Código Civil italiano establece es que el ejercicio de la patria potestad, atribuida a ambos progenitores, debe desarrollarse de común acuerdo entre ellos. Esto no quiere decir que cada uno de los actos que realicen en el ejercicio de los poderes conferidos deba ser acometido conjuntamente, sino que, tratándose de una categoría de actos compleja, por confluir en su realización dos voluntades distintas, deben ser acordadas las líneas generales de actuación dentro de las cuales podrán proceder y desenvolverse separadamente.

En caso de desacuerdo sobre el ejercicio de la patria potestad en cuestiones de cierta trascendencia, el legislador italiano ha establecido, como regla general, que dicho desacuerdo sea resuelto por el Juez, pudiendo cada uno de los progenitores dirigirse al mismo sin necesidad de especiales formalidades, para informarle de la actuación que considera más idónea. Esta regla general cuenta con una única excepción: cuando concorra una situación de riesgo o peligro que implique un perjuicio grave para el menor, la facultad de adoptar las medidas urgentes que no admitan ser diferidas es atribuida por ley al padre.

ted and represented in such activity by his or her parents, as the holders of parental authority and rights over the child.

The grounds on which this authority rests are a *munus* conferred by legislation to the parents. This duty or obligation can in no way be regarded as discretionary. On the contrary, it must be held to be instrumental in nature, as it is meant to strengthen and adequately implement the process of training and educating the child. The precaution that the Italian Civil Code establishes is that parental authority and rights must be exercised by both parents acting by common agreement. This does not mean that each and every act performed in the exercise of parental powers has got to be undertaken jointly by both parents. The category of acts at issue is complex, because two different people's wishes have got to be reconciled in the performance of acts of parental authority. The real point is that the general lines of action must be established by the parents together. Each parent can then go on and manage things on his or her own.

If there is any disagreement about the exercise of parental authority and rights in important issues, Italian legislation states as a general rule that the disagreement is to be settled by a judge. Either of the parents can take the issue to court without the need for any special formalities, to inform the judge of the action that parent regards as best. This general rule has got a single exception: when there is a situation of risk or danger that involves serious harm to the child. Then the father is given by law the faculty to take urgent measures that brook no delay.

(Trabajo presentado el 22-01-09 y aceptado para su publicación el 20-03-09)

# El valor jurídico del silencio

por

IVÁN ESCOBAR FORNOS

*Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua*

## *SUMARIO*

1. EL SILENCIO EN EL DERECHO.
2. EL SILENCIO EN EL DERECHO CIVIL:
  - A) SILENCIO DE LOS SUJETOS DE DERECHO.
  - B) SILENCIO DE LA LEY.
3. EL SILENCIO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.
4. EL SILENCIO EN EL DERECHO PROCESAL:
  - A) SILENCIO PROCESAL.
  - B) SILENCIO DE LA LEY PROCESAL.
5. EL SILENCIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.
6. CONCEPTO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.
7. SISTEMAS DE CONTROL DE LA OMISIÓN:
  - A) EL SISTEMA JUDICIAL.
  - B) EL SISTEMA ADMINISTRATIVO.
  - C) EL SISTEMA LEGISLATIVO.
8. IMPORTANCIA DE LA INSTITUCIÓN.
9. REQUISITOS DE PROCEDENCIA:
  - A) PRIMER REQUISITO.
  - B) SEGUNDO REQUISITO.
  - C) TERCER REQUISITO.
10. OMISIÓN TOTAL Y OMISIÓN PARCIAL.
11. OMISIONES QUE AFECTAN A LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS QUE NO LOS AFECTAN.
12. OMISIÓN FORMAL Y MATERIAL.
13. LOS DERECHOS SOCIALES Y LA OMISIÓN.

14. PROCEDIMIENTO PARA CONOCER LA OMISIÓN Y EL ÓRGANO COMPETENTE.
15. SISTEMAS QUE CONTEMPLAN EXPRESAMENTE LA INSTITUCIÓN.
16. SISTEMAS QUE NO CONTEMPLAN LA INSTITUCIÓN.
17. CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS POR LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA.
18. RESPONSABILIDAD POR ACTOS LEGISLATIVOS Y POR LA OMISIÓN.
19. DERECHO COMPARADO:
  - A) INTRODUCCIÓN.
  - B) PORTUGAL.
  - C) ARGENTINA.
  - D) VENEZUELA.
  - E) BRASIL.
  - F) COSTA RICA.
  - G) MÉXICO.
  - H) COLOMBIA.
  - I) ECUADOR Y PARAGUAY.
  - J) ESPAÑA.
  - K) ALEMANIA.
  - L) AUSTRIA.
  - M) ITALIA.
20. NUESTRO SISTEMA:
  - A) INTRODUCCIÓN.
  - B) LA CASACIÓN EN EL FONDO.
  - C) RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY Y DE AMPARO.
21. FUTURO DE LA INSTITUCIÓN.

## 1. EL SILENCIO EN EL DERECHO

Desde antaño el silencio ha sido objeto de estudio y preocupación por la difícil determinación de la intención del que guarda silencio, por tal razón tiene que intervenir la ley para señalar sus efectos jurídicos con mayor seguridad y certeza, cuando existen algunas manifestaciones que conduzcan a la determinación cierta de la voluntad.

Tanto la acción como la omisión, la expresión como el silencio, tienen trascendencia jurídica. El silencio o la inacción no son extraños al Derecho, tienen valor jurídico, aunque no con la frecuencia de la acción.

No existe una disposición general que regule el valor del silencio, sino casos concretos a los cuales se les otorga efectos jurídicos. Son la doctrina, la jurisprudencia, la casuística, la costumbre, elementos que llenan este vacío.

Pero el silencio no sólo proviene de los sujetos de Derecho, sino también de los poderes del Estado y sus órganos: del poder electoral, del poder judicial, del poder ejecutivo y del poder legislativo.

El silencio produce diferentes efectos. Puede ser inocuo, favorable o desfavorable a las personas. Va desde su ineficacia jurídica (1), la aceptación o negación de un hecho (2), acto (3), convenio, contrato (4) o situación jurídica, el otorgamiento de un derecho (5) hasta la comisión de un delito por omisión (6). El silencio del Estado puede provocar un vacío normativo, un reclamo, una prohibición (7), una incompetencia (8) o la libertad de actuación (9), como tendremos ocasión de observar a lo largo de este trabajo.

Por tal razón Paulo se expresó en forma ambivalente: «El que calla ciertamente no confiesa; sin embargo es verdad que no niega».

(1) No tiene ninguna trascendencia jurídica no contestar una oferta por radio o televisión que una casa comercial le hace al público, no votar en las elecciones porque el voto no es obligatorio; no opinar sobre un polémico tema, etc.

(2) Tolerar al propietario que una persona posea su inmueble. El que abandona la propiedad de un mueble tirándolo a la calle manifiesta su deseo permanente de desprenderse de la propiedad (art. 690 del Código Civil).

(3) Al declarado rebelde se le atribuye una contestación negativa de la demanda. El que rehúsa comparecer ante el juez a reconocer un documento privado se declara reconocido fictamente de acuerdo con el artículo 1.152 del Código de Procedimiento Civil. Se declarará fictamente confeso al que no comparece a absolver posiciones ante el juez, lo mismo si se niega a declarar, también se declara fictamente confeso sobre hechos en que fuere evasivo de acuerdo con el artículo 1.208 del Código de Procedimiento Civil. La confesión y el reconocimiento de firma fictas se han prestado a muchos fraudes, algunos de gran envergadura en nuestro país. Los litigantes usan infinidad de triquiñuelas para lograr una confesión o reconocimiento ficto, donde el citado aparece confesando lo preguntado: la deuda, los daños y perjuicios, etc., aunque en la realidad no esté obligado a ello. Por tal razón en algunos países, como Argentina, la confesión ficta no libera de la carga de la prueba al que pidió las posiciones, no decide por sí el resultado final del juicio, debiendo ser considerada con relación a la posición de las partes con los hechos y el conjunto de la prueba incorporada al juicio. No tiene un valor probatorio pleno. Carece de valor probatorio absoluto cuando resulta neutralizada o destruida por otros medios de prueba. El artículo 417, párrafo primero *in fine*, del Código Procesal, confirma lo expuesto. Dice: «...la tendrás por confeso sobre los hechos personales, teniendo en cuenta la circunstancia de la causa y las demás pruebas producidas».

(4) Las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos deben contestar lo más pronto posible si aceptan el encargo y transcurrido un tiempo razonable, su silencio se entiende como aceptación (art. 3.308 del Código Civil).

(5) El derecho del procesado a no declarar en su contra ni de sus parientes cercanos (art. 34, inciso 7 de la Constitución, y art. 232, núm. 1b del Código Procesal Penal).

(6) El artículo 1 del Código Penal define al delito y la falta como toda acción u omisión penada por la ley. La ley penal sustantiva no admite silencio en materia delictiva, pues sólo se penaliza lo tipificado como delito y, como consecuencia, no se permite la analogía.

(7) La falta de consagración del testamento otorgado conlleva la prohibición de aceptarlo en Nicaragua.

(8) La facultad no atribuida a un poder u órgano del Estado no lo autoriza para actuar dentro de ella (art. 130, párr. 1 de la Constitución).

(9) El silencio de la Constitución de consagrar el *habeas data* sólo con relación al Estado y no contra los particulares (art. 26, un. 4 de la Constitución) autoriza al legislador ordinario a regularlo contra éstos, a pesar de que no existe ley que regule su procedimiento como veremos más adelante.

El silencio puede producir el nacimiento, transmisión, modificación o extinción de un derecho.

El silencio es simple cuando basta callar para que se produzca el efecto, lo que se da con frecuencia en el proceso a través de los principios de impulsión y preclusión, o rodeado de circunstancias que expresen una voluntad verosímil o real de aceptación o respondan a una ficción (confesión ficta, reconocimiento ficto de firma, contestación negativa de la demanda del rebelde).

Una teoría del silencio tendría que responder a las preguntas siguientes: ¿Qué efectos jurídicos produce el silencio de los sujetos de Derecho? ¿Qué efectos jurídicos produce el silencio de los poderes y órganos del Estado?

Este es un tema que pertenece a la Teoría General del Derecho, sin perjuicio de su desarrollo especializado como ya se ha concretado en el silencio administrativo, el silencio en el Derecho Civil, el silencio en el Derecho Procesal y principalmente en el Derecho Constitucional con la conocida y nueva figura de la inconstitucionalidad por omisión, que ya cuenta con cierto respaldo doctrinal (10), jurisprudencial y constitucional, la cual será el tema principal de este estudio.

## 2. EL SILENCIO EN EL DERECHO CIVIL

En el Derecho Civil el silencio tiene una aplicación práctica y amplia frente a una limitada e inadecuada regulación legal. Puede referirse a los sujetos del Derecho o a la ley.

---

(10) *Inconstitucionalidad por omisión*. Obra colectiva dirigida por Víctor BAZÁN. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1997. Estudios publicados: Germán J. BIDART CAMPOS, «Inconstitucionalidad por omisión. ¿Causa de tutela de los derechos de naturaleza socio-económicas?» Víctor BAZÁN, «Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina». Néstor Pedro SAGÜES, «La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro». José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión». Jorge MIRANDA, «La fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión del ordenamiento constitucional portugués». *En busca de las normas ausentes*. Obra colectiva dirigida por Miguel CARBONELL. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. Ensayos publicados: José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión». Ignacio VILLAVERDE, «La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional». Víctor BAZÁN, «Repuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de Derecho comparado». Javier TAJADURA TEJADA, «La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales». Ignacio VILLAVERDE MÉNDEZ, «La inconstitucionalidad por omisión». McGraw-Hill, Madrid, España, 1997. Marcos GÓMEZ PUENTE, «La inactividad del legislador, una realidad susceptible de control». McGraw-Hill, Madrid, España, 1997. Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General: Derecho Comparado. El caso español», Civitas, Madrid, 1998. Esta es una de las obras más completas sobre el tema y aún no superada. Es su tesis doctoral merecedora de la máxima clasificación.

A) SILENCIO DE LOS SUJETOS DE DERECHO

Este tema generalmente es tratado por los civilistas con relación a la formación del consentimiento, pero puede darse fuera de él.

Expresa el civilista español Calixto VALVERDE Y VALVERDE: «El hecho es la causa del derecho, mejor dicho, su fuente, y por eso cabe admitir la distinción entre el hecho y el derecho. El nacimiento, transformación y fin de los derechos son consecuencias de hechos a los que el Derecho ha atribuido tales efectos y por lo tanto, es exacta la definición de Savigny cuando dice que son acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de Derecho nacen y terminan. Los derechos jurídicos pueden ser positivos o negativos según sea indispensable la realización o la omisión de actos para que el derecho comience o termine, aunque preciso sea reconocer que los hechos negativos no sean tan frecuentes como los positivos» (11).

El simple o mero silencio no se considera consentimiento o aceptación (12); salvo que la ley y las partes así lo dispongan, o se deduzca necesariamente de las circunstancias que lo rodean.

En resumen, los efectos jurídicos del silencio pueden provenir de la ley, del consentimiento tácito (13), de las circunstancias que rodean el caso, de los usos y costumbres, del modo en que operan las partes que aceptan normalmente en sus operaciones el silencio ante la oferta como aceptación (14), y del acuerdo de las partes. Por tal razón debe actuarse con mucha cautela en esta materia.

Existen también las declaraciones presuntas, en las cuales las leyes presumen la voluntad, presunción que admite prueba en contrario. Por ejemplo: de acuerdo con los artículos 1.160, 2.126 y 3.768 del Código Civil, se presume siempre aceptado el legado mientras no conste que ha sido repudiado; la entrega del título al deudor se presume voluntaria y con efecto de donación, salvo prueba en contrario; la restitución de la cosa empeñada presupone la remisión del derecho a la prenda, si el acreedor no probase lo contrario.

El Código Civil reconoce el consentimiento que se traduce en hechos, declaraciones, circunstancias, etc. Pero al mismo tiempo existen unas manifestaciones de voluntad que deben ser expresas y otras hechas en forma so-

---

(11) *Tratado de Derecho Civil Español*. Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid (España), 1935. T. I. Parte General, pág. 473.

(12) *Qui, non itique fatetur, sed tamera verum, eum non negare*: El que calla ciertamente no confiesa; sin embargo es verdad que no niega. Paulo. Ley 142.

(13) De acuerdo con el artículo 2.448 del Código Civil, existe amplia libertad para expresar el consentimiento. Puede ser hecho de palabra, por telégrafo, teléfono, por escrito o por hechos que necesariamente se deduzcan (consentimiento tácito).

(14) También pueden disponer que el silencio no sea aceptación y pactar otras condiciones para su validez.

lemne. Ejemplos de manifestaciones expresas: la elección de la prestación alternativa corresponde al deudor, a menos que expresamente hubiese correspondido al acreedor (15) y cuando la elección corresponde expresamente al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día de que aquella hubiere sido notificada al deudor (16); la solidaridad activa y pasiva debe probarse expresamente (17); el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso en que expresamente se hubiere reservado este derecho (18); el que pague por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiere pagado, de no haberlo hecho contra su expresa voluntad (19); a menos que el contrato lo autorice expresamente no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consiste la obligación (20); la subrogación hecha por el acreedor al recibir el pago de un tercero debe ser expresa (21); el depositario sólo podrá usar la cosa con autorización expresa (22); la fianza debe constituirse en forma expresa (23). Ejemplos de manifestaciones solemnes son los contratos solemnes en que no basta el consentimiento para su perfeccionamiento, pues se exige, además, una formalidad como el instrumento público o privado, o la presencia de un funcionario. Ejemplos: la cesión de derechos litigiosos (24), la permuta sobre bienes raíces o derechos hereditarios (25), la anticresis (26), el matrimonio (27), etc.

Es conveniente advertir que en presencia del silencio o el consentimiento tácito la prueba se puede complicar porque los contratos o convenios mayores de doscientos córdobas no se pueden probar por medios de testigos, salvo que exista principio de prueba por escrito, imposibilidad moral o física de procurar prueba por escrito (en los contratos entre padres e hijos, en el depósito necesario, en una atención médica de urgencia, etc.) o cuando por caso fortuito se perdió el documento (terremoto, guerra, etc.) (28).

El valor del silencio de las partes o de los sujetos de derecho puede ser su ineficacia, el consentimiento o su negación. Por ejemplo:

- 
- (15) Artículo 1.905 del Código Civil.
  - (16) Artículo 1.912, párrafo 1 del Código Civil.
  - (17) Artículo 1.924 del Código Civil.
  - (18) Artículo 1.990 del Código Civil.
  - (19) Artículo 2.010, inciso 2 del Código Civil.
  - (20) Artículo 2.021, inciso 1 del Código Civil.
  - (21) Artículo 2.043, inciso 1 del Código Civil.
  - (22) Artículo 3.463 del Código Civil.
  - (23) Artículo 3.669 del Código Civil.
  - (24) Artículo 2.743 del Código Civil.
  - (25) Artículo 2.749 del Código Civil.
  - (26) Artículo 3.900 del Código Civil.
  - (27) Artículos 94 y 95 del Código Civil.
  - (28) Artículos 2.423 a 2430 del Código Civil.

- a) Si un comerciante hace ofertas por radio, periódicos o televisión y el destinatario no contesta, su silencio no representa consentimiento de aceptación, ni su negación, y, como consecuencia, no existe ningún vínculo entre oferente y destinatario de la oferta. El silencio es ineficaz jurídicamente (29).
- b) El silencio puede representar una aceptación o consentimiento (30):
- i) Si después de terminado el arriendo continúa el arrendatario sin oposición del arrendador en el goce y uso del predio rústico, se entenderá renovado el contrato por otro año labrador (31).
  - ii) El arrendamiento del predio urbano se tiene por renovado si el arrendador hubiese recibido del arrendatario la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la extinción del contrato (32).
  - iii) El comodato precario se constituye por la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño (33).
  - iv) Cuando las partes convienen que extinguido el plazo del contrato, si ninguna de ellas pide su terminación, se entenderá prorrogado (por ejemplo en el arrendamiento, sociedad, etc.).
  - v) Las partes de un contrato pueden convenir que en sus relaciones comerciales o civiles el silencio ante la oferta de la otra es aceptación.
  - vi) Las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo y transcurrido un término razonable, su silencio se tendrá como aceptación (34).
  - vii) Si al que pertenece el negocio tuviere conocimiento de la gestión ajena y no se opusiere a ella, se entenderá que la consiente, pero sólo en lo que le aproveche efectivamente (35).
  - viii) Si alguien tuviere interés en que el heredero declare si acepta o repudia la herencia, le puede pedir al juez que le señale al heredero un plazo que no exceda de un mes para que dentro de él haga la declaración, bajo el apercibimiento de que si no lo hace, se tendrá la herencia por aceptada (36).
- c) Las partes pueden convenir que el silencio de una oferta hecha por cualquiera de ellas se entenderá por no aceptación.

---

(29) *Qui tacet, non itique fatetur, sed tamera verum est, eum non negare*: El que calla ciertamente no confiesa; sin embargo, es verdad que no niega. Paulo. Ley 142.

(30) *Qui tacet consentire videtur*: Quien calla es de creer que consiente.

(31) Artículo 2.926 del Código Civil.

(32) Artículo 2.928 del Código Civil.

(33) Artículo 3.446, inciso 2 del Código Civil. *Taceno consentit*, se contradice *impedire poterat*: Quien calla otorga, si contradiciendo podría impedirlo.

(34) Artículo 3.308 del Código Civil.

(35) Artículo 3.380 del Código Civil.

(36) Artículo 1.243, inciso 1 del Código Civil.

- d) Cuando las partes del convenio o contrato no estuvieren reunidas, la aceptación de la oferta debe hacerse en el plazo propuesto. Se tendrá por no aceptada la oferta si no se fija plazo y no se responde dentro de tres días cuando se encuentren en el mismo distrito y dentro de diez días si se encuentran en otro distrito, pero en la República y sesenta días cuando se hallaren fuera del país (37). Si las partes estuvieren presentes la aceptación se hará en el mismo acto (38).
- e) La sucesión intestada se funda en el silencio del que no quiso testar (39).
- f) En general la ley suple el silencio de las partes.
- g) La prescripción negativa se funda en el silencio.
- h) La preterición de un heredero se funda en el silencio.
- i) La ley suple el silencio de las partes al señalar el lugar del pago (40).
- j) Si no se pactaron intereses en el mutuo se supone gratuito y sólo se deben los intereses de la mora (41).
- k) El mandato se acepta tácitamente por actos de ejecución (42).
- l) La herencia se acepta tácitamente por hechos que se deduzcan de esa intención o por el ejercicio de actos propios de un heredero (43).
- m) La entrega del documento de crédito produce la remisión de la deuda (44).

También el silencio puede dar origen a obligaciones cuando de él se abusa por negligencia o dolo. Por ejemplo, si en el periodo que se me permite aceptar, no lo hago porque mi único interés es perjudicar al oferente, a un tercero o a cualquiera de ellos, o en los casos de las reticencias y la mala fe en la contratación, principalmente en los contratos de confianza como el seguro, al que debe agregarse el mandato y la sociedad.

Expresa Ludwig ENNECCERUS: «En el silencio (consciente) por sí solo no puede haber engaño si no media un deber especial de noticiar, o bien si conforme a la buena fe y a las opiniones dominantes en el tráfico, la comunicación tenía que hacerse. Por tanto, el vendedor comete engaño si le consta que el comprador yerra sobre cualidades importantes de la cosa y no se las manifiesta, pero no cuando, por ejemplo, el vendedor, que se halla al otro lado del Atlántico, no comunica al comprador noticias que pueden influir desfavorablemente en el precio de la mercancía. Por lo demás, la franqueza

---

(37) Artículo 2.452 del Código Civil.

(38) Artículo 2.451 del Código Civil.

(39) Artículos 932 y 998 del Código Civil.

(40) Artículo 2.031 del Código Civil.

(41) Artículo 3.398 del Código Civil.

(42) Artículo 3.294 del Código Civil.

(43) Artículo 1.231 del Código Civil.

(44) Artículos 2.126, 2.129 y 2.135 del Código Civil.

que exige la buena fe es diversa según las relaciones jurídicas, y debe ser mayor, por ejemplo, en las relaciones de mandato, sociedad y de seguros que en la compraventa o en el arrendamiento» (45).

#### B) SILENCIO DE LA LEY

La ley puede callar y no contemplar el caso que debe decidirse. El juez o autoridad que debe decidir no puede abstenerse de hacerlo porque no es permitido por el ordenamiento. Ni la oscuridad ni los vacíos lo autorizan a abstenerse. Los jueces y tribunales tienen la obligación de resolver los casos que se le presenten sin poder argumentar que no están regulados por la Constitución o las leyes. No es lícita la negación de justicia, y sancionada por el Código Penal (46).

No aceptamos el *non liquet* (abstenerse el juez de decidir el caso) que explica Aula Gelio en las Noches Áticas (47).

Para solucionar estos vacíos se recurre a la analogía y a los principios generales del Derecho.

Es importante advertir que en el Derecho Privado los vacíos legales en la mayor parte de los casos pueden ser llenados por el convenio de las partes en virtud del principio de la libre contratación. La vida moderna y la tecnología producen nuevos tipos de contratos y convenios que no están regulados por los códigos, pero que las partes pueden celebrar, apareciendo así los contratos o convenios atípicos o innominados, los cuales presentan muchas variantes.

### 3. EL SILENCIO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La Ley de Amparo exige dos condiciones para que proceda el amparo: el haber agotado los recursos ordinarios establecidos por la ley, o no haberse dictado resolución en la última instancia dentro del término que la ley respectiva señala.

---

(45) *Derecho Civil. Parte General*. Vol. II, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1935, págs. 218 y 219.

(46) Artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 371, inciso 4 del Código Penal. El artículo 425 del Proyecto del Código Penal, en trámite legislativo en la Asamblea Nacional, tipifica el delito de negación de justicia y dispone que el juez o magistrado que se niegue a juzgar sin alegar causa legal, o con el pretexto de oscuridad de insuficiencia o silencio de la ley, será penado con multa de cien a doscientos córdobas e inhabilitación absoluta de seis meses a cuatro años.

(47) Editorial Ejea, Buenos Aires, Argentina, 1950, págs. 169 a 173. Cfr. la fábula de Esopo, *El lobo, la zorra y el mono*.

La Corte Suprema de Justicia sostiene que el agraviado tiene la obligación de agotar los recursos ordinarios tendientes a revocar o modificar los actos. Tales recursos, cuya no promoción hace improcedente al recurso de amparo, deben estar expresamente regulados por la ley. Por lo tanto al no estar previstos en la ley no existe recurso alguno que agotar (48). La Corte Suprema ha dicho que: i) No ha lugar al amparo por no haberse agotado la vía administrativa, ya que al denegarse una apelación por el Consejo Nacional de Transporte debió interponerse el recurso de hecho. Hay dos disentimientos (49). ii) Contra un acto ejecutado sin forma ni figura de juicio no es necesario agotar la vía administrativa (50). iii) Cuando no existe un procedimiento claro a utilizar no puede señalarse falta de agotamiento de la vía administrativa. No es ilegal la orden de remitir la edición cotidiana de un periódico para ser censurada, ya que de no hacerse resultaría ilusoria la censura decretada sobre cuestiones militares o de seguridad nacional y esa censura es de índole discrecional. Es improcedente el recurso ya que, aun cuando la censura no fuera legal en el momento de la interposición del recurso, vino a serlo con posterioridad y además se ha ordenado la suspensión de la publicación del periódico y, por lo tanto, se trata de actos ya consumados que no son susceptibles de ser reparados. Hay tres disentimientos (51). iv) La Corte Suprema sostiene que no existen recursos internos para recurrir contra las resoluciones de la Asamblea Legislativa, por lo que el recurso de amparo es directo porque no hay vía administrativa que agotar. Hay voto disidente de dos magistrados que sostienen que existe un recurso de alzada ante el pleno de la Asamblea, con lo que se agota la vía administrativa (52).

Por la importancia del caso haremos un breve resumen de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia relacionada con el tema, y citaremos al pie de página algunas sentencias que también respaldan el criterio de la sentencia resumida: El Ministro de Desarrollo Agropecuario y Reforma Agraria (MIDINRA) le entrega al recurrente, a título de permuta, un título agrario de ciento sesenta manzanas. Posteriormente se presentó un tercero con una notificación del Delegado Regional del INRA, en la cual se disponía la medida

---

(48) S. 9:30 a.m. del 23 de julio de 1982, B.J., pág. 326; S. 9:00 a.m. del 27 de noviembre de 1992., B.J., pág. 259; S. 10:30 a.m. del 12 de junio de 1992, B.J., pág. 124; S. 9:00 a.m. del 22 de enero de 1993, B.J., pág. 1; S. 9:00 a.m. del 1 de abril de 1993, B.J., pág. 22; S. 9:00 a.m. del 25 de octubre de 1993, B.J., pág. 162; S. 9:00 a.m. del 26 de octubre de 1993, B.J., pág. 169; S. 3:00 p.m. del 2 de noviembre de 1993, B.J., pág. 180; S. 11:30 a.m. del 6 de junio de 1995, B.J., pág. 35; S. 9:00 a.m. del 4 de julio de 1996, B.J., pág. 202; S. 10:30 a.m. del 2 de mayo de 1996, B.J., pág. 125; S. 10:30 a.m. del 4 de junio de 1996, B.J., pág. 161.

(49) S. 11:00 a.m. del 3 de febrero de 1975, B.J., pág. 9.

(50) S. 11:30 a.m. del 16 de agosto de 1982, B.J., pág. 364.

(51) S. 10:00 a.m. del 1 de octubre de 1986, B.J., pág. 283.

(52) S. 9:00 a.m. del 26 de noviembre de 1992, B.J., pág. 259.

de dicha finca para entregar cien manzanas al recurrente y el resto al tercero. Se recurrió de esa decisión y la Corte Suprema dijo que de acuerdo con el artículo 27, inciso 6 de la Ley de Amparo, para interponer el amparo es preciso agotar todos los recursos ordinarios que establece la ley, pero que se tiene por agotada la vía administrativa: *a)* Cuando no existe recurso. *b)* Cuando las autoridades ocupan las vías de hecho. De esta actuación sólo pueden resultar actos inexistentes por la gravedad extrema que surgen de la usurpación de funciones o de la invasión de atribuciones o cuando los actos no estén comprendidos en ninguna de las facultades de la administración. Se colocan en general en la categoría de actos inexistentes, aquellos en los cuales hay manifiesta incompetencia para la realización de un acto, así por ejemplo: Si el poder ejecutivo resolviese un litigio sobre propiedad de tierras, o el poder judicial expidiese una ley, indudablemente que estas serán actuaciones arbitrarias, actuaciones de hecho de los funcionarios responsables e indudablemente que ninguno de estos actos necesitaría de una resolución judicial para privarlos de sus efectos. *c)* Cuando al quejoso se le ha dejado en indefensión en el procedimiento (53).

Es preciso que se agoten todos los recursos ordinarios que se concedan en las leyes para después recurrir de amparo contra la sentencia que se dicte en el último recurso permitido. No se permiten saltos en el amparo, pues hay que agotar la vía gubernativa. Son numerosas las sentencias que han declarado la improcedencia por no haberse agotado la vía administrativa.

No obstante, es posible que contra el acto de autoridad no se contemple recurso alguno. En este supuesto puede interponerse el amparo directamente, pues ya no hay vía administrativa que agotar, como sucede con las resoluciones de la Asamblea Legislativa (54).

Cuando la autoridad, a pesar de las reclamaciones, no se pronuncia sobre las peticiones rechazándolas o acogéndolas, se presenta el problema de determinar el valor jurídico que tiene ese silencio y con base en él asumir la actitud que corresponde a la solución encontrada.

Cuatro soluciones se han formulado: *a)* La que sostiene que una vez vencido el plazo para dictar sentencia, el interesado debe pedir que las diligencias pasen a otra autoridad para que decida. *b)* La que sostiene que, en tal supuesto, otra autoridad de oficio puede avocarse al conocimiento del pro-

---

(53) S. 9:00 a.m. del 8 de noviembre de 1993, B.J., pág. 180; S. 9:00 a.m. del 25 de octubre de 1993, B.J., pág. 162; S. 9:00 a.m. del 2 de noviembre de 1993, B.J., pág. 175; S. 9:00 a.m. del 11 de noviembre de 1993, B.J., pág. 185.

(54) La Corte Suprema sostiene que no existen recursos internos para recurrir contra las Resoluciones de la Asamblea Legislativa, por lo que el recurso de amparo es directo porque no hay vía administrativa que agotar. Disintieron dos magistrados que opinan que existe un recurso de alzada ante el pleno de la Asamblea, con lo que se agota la vía administrativa (S. 9:00 a.m. del 26 de noviembre de 1992, B.J., pág. 259).

blema. c) La que sostiene que, una vez vencido el plazo, se entiende que la autoridad ha decidido afirmativamente; y d) la que sostiene que en tal caso la decisión ha sido negativa, por lo que el quejoso puede intentar los recursos administrativos o jurisdiccionales correspondientes (amparo, etc.). Las dos últimas soluciones son las más aceptadas por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación.

La tesis del silencio negativo es la más aceptable aunque, excepcionalmente, en algunos supuestos legales se admite la tesis del silencio positivo, de mucho riesgo y peligro para la administración, con mayor razón donde aún no existe un servicio civil técnico y organizado, como en nuestro país. Un porcentaje alarmante de casos pierde el Estado por incompetencia, negligencia, o indiferencia de sus funcionarios y abogados.

Para Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, el silencio de carácter negativo no es un verdadero acto administrativo, sino una ficción legal con efectos estrictamente procesales, limitados a abrir la vía del recurso. Sustituye al acto expreso, pero en el fondo no existe una voluntad expresa de la administración (55).

Por el contrario, el silencio positivo tiene una función técnica y un régimen diferente al silencio negativo. El silencio es una técnica material para lograr de manera más suave la exigencia de obtener una autorización o aprobación administrativa. Es un verdadero acto administrativo equivalente a la autorización o aprobación, a los que sustituye. Sus efectos son muy importantes y al mismo tiempo peligrosos para la administración si no actúa con diligencia para resolver, pues queda vinculado como si hubiera fallado a favor del reclamante (56).

Nuestras constituciones derogadas y el artículo 25, literal c) del Estatuto de Derechos y Garantías de los Nicaragüenses establecían el derecho de petición a favor de los ciudadanos y la obligación de las autoridades de resolver las pretensiones, pero no señalaban el valor del silencio. Lo mismo sucede con la Constitución vigente.

La Corte Suprema de Justicia empezó a abordar el problema negando que el silencio significa negativa de la petición y limitó el amparo solamente para obligar a la autoridad a pronunciarse sobre la petición o recurso, sin entrar a conocer el fondo del asunto (57). Posteriormente aceptó que el silencio significaba negativa, pero también limitó el amparo a obligar a la autoridad a que se pronuncie (58); pero tal doctrina resulta absurda, pues si ya existe

---

(55) La Corte Suprema de Justicia acepta las opiniones de GARCÍA DE ENTERRÍA y mantiene la tesis del silencio negativo en varias sentencias (S. 11:30 a.m. del 11 de octubre de 1993, B.J., pág. 18).

(56) *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1984, pág. 550 y sigs.

(57) S. 11:30 a.m. del 14 de mayo de 1946, B.J., pág. 13434.

(58) S. 11:00 a.m. del 18 de agosto de 1972, B.J., pág. 199.

negativa por parte de la autoridad recurrida, carece de objeto conceder el amparo sólo con el fin de que la autoridad se pronuncie nuevamente, pues ya su pronunciamiento había sido negativo.

Creo que, si después de vencido el plazo legal, o prudencial en defecto de aquel, la autoridad no se ha pronunciado sobre nuestra petición o recurso se entiende que la petición ha sido denegada y, como consecuencia, se puede proponer el amparo al haberse agotado todos los recursos legales y la Corte debe entrar a conocer el fondo del asunto y no limitarse a obligar a la autoridad a que se pronuncie.

La doctrina de la Corte Suprema viola el principio de celeridad que prevalece en este recurso, ya que establece un amparo de doble vuelta: el amparo para que se pronuncie la autoridad y un segundo amparo contra el probable rechazo de nuestra petición o recurso. Este sistema no concuerda con los fines del amparo y es peligroso. No niego que el derecho de petición y la correlativa obligación de pronunciarse es una garantía constitucional y su violación puede dar origen a un amparo. Pero nadie va a escoger primero un amparo para que se pronuncie la autoridad y luego otro para impugnar la decisión de ésta.

El poder judicial no puede condenar al recurrente a una larga espera. Equivaldría a la condena de Poseidón contra Ulises de peregrinar en el mar por haber cegado a su hijo, el deforme cíclope Polifemo (59).

Vuelvo a repetir: creo que en nuestra Ley de Amparo el silencio es negativo.

El artículo 18 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo establece el silencio con carácter positivo y señala un plazo de treinta días para fallar.

También el artículo 40 de la Ley de Municipios, reformada por Ley del 22 de agosto de 1987, consagra el silencio administrativo en su carácter de afirmativo, o sea, que se entenderá resuelto a favor del recurrente.

La Corte Suprema ha dicho: i) Modernamente se ha establecido que si se descubre silencio administrativo, se establece como inmediata consecuencia negativa o acto (fallo) negativo presunto y, por tal razón, cuando tal ocurra, debe conocer y resolver sobre el asunto, como era deber del funcionario remiso (60). ii) El silencio administrativo hace que no corra el término para recurrir de amparo. Es improcedente el amparo entablado por quien dice ser Secretario Ejecutivo de la Comisión Permanente de Derechos Humanos de Nicaragua ya que no comprobó esa calidad ni la existencia jurídica de tal entidad (61). iii) El silencio administrativo hace que no corra el término para

---

(59) No obstante, por sentencia de las 11:40 a.m. del 16 de enero de 1978, B.J., pág. 1, aceptó conocer el fondo del asunto sin esperar un ulterior amparo. Pero por sentencia de las 10:45 a.m. del 19 de enero de 1983, B.J., pág. 5, retrocedió al criterio anterior.

(60) S. 11:40 a.m. del 16 de enero de 1978, B.J., pág. 1.

(61) S. 11 a.m. del 12 de junio de 1986, B.J., pág. 142.

recurrir de Amparo. Ha lugar al amparo contra el Presidente de la Comisión Nacional de Promoción y Protección de los Derechos Humanos quien deberá contestar dentro de diez días la solicitud de la recurrente sobre el pedimento de indulto de unos detenidos (62). iv) En virtud del silencio administrativo de la autoridad recurrida se agota la vía administrativa (63).

Como puede observarse, la Corte Suprema de Justicia le ha dado valores diferentes al silencio: un valor de fallo negativo y el otro como causa de suspensión del término para interponer el recurso.

En nuestro sistema existen tres tipos de silencio: uno que significa fallo a favor del reclamante (Ley de Municipalidades y de lo Contencioso-Administrativo); otro que tiene carácter negativo; y un último silencio que significa suspensión del término para recurrir.

#### 4. EL SILENCIO EN EL DERECHO PROCESAL

##### A) SILENCIO PROCESAL

En el Derecho Procesal tiene amplia aplicación el silencio debido a la propia naturaleza del proceso (64). Éste es un conjunto de actos, hechos y situaciones encadenadas y sucesivas que conducen a la cosa juzgada como instrumento de certeza legal y paz social, regido, entre otros, por los principios de los plazos procesales, el impulso procesal de parte, el principio de preclusión, el principio de eventualidad y de la carga procesal, íntimamente vinculados al silencio procesal.

En virtud de los principios expuestos en el proceso, el silencio procesal es generalmente simple, no circunstanciado, basta callar para que se produzcan sus efectos. El silencio procesal puede significar aceptación o negación y puede resultar de la ley o de lo que se deduzca de los hechos (principio de cumplimiento de una sentencia por el deudor, la caducidad como desistimiento tácito).

Se pueden presentar algunas modalidades: a) Prescindir de la omisión, restándole valor. Ejemplos: el deslinde y amojonamiento se llevará a efecto aunque no asistan algunos colindantes, los cuales conservan su derecho (65); para proceder a la distribución de agua el juez citará a los interesados a

---

(62) S. 10:45 a.m. del 9 de febrero de 1987, B.J., pág. 63.

(63) S. 9:00 a.m. del 2 de abril de 1993, B.J., pág. 26.

(64) Cfr. Eliana PINTO GESSEL, *El silencio en materia procesal*, Editorial Universitaria, S. A., Santiago, Chile, 1961. Norberto J. NOVELLINO y Atilio C. GONZÁLEZ, *El silencio y sus efectos en los procesos judiciales*. Rubinzol-Culzoni, Editores, Buenos Aires, Argentina, 2000.

(65) Artículo 1.454 del Código de Procedimiento Civil.

reunión y la celebrará sólo con los que asistan (66); para resolver los asuntos entre comuneros el juez cita a Junta, la que se realizará con los que asistan (67); si el Presidente no presenta la lista de candidatos para magistrados de la Corte Suprema de Justicia para su elección, se procederá a la elección con la lista presentada por los diputados (68); *b*) Impedir la omisión, obligando al cumplimiento. Ejemplo: el juez para ejecutar sus sentencias, autos y providencias podrá recurrir al auxilio de la fuerza pública y el auxilio de los ciudadanos (69), la obligación de los jueces y magistrados de resolver los asuntos que se les sometan a su decisión (70); *c*) La caducidad del derecho, pérdida del trámite o del recurso (71); *d*) Una obligación de no hacer. Por ejemplo, el cumplimiento del principio de lealtad procesal que obliga al litigante a abstenerse de realizar actos contrarios a la buena fe, probidad y abuso del derecho (72), el juicio ejecutivo para las obligaciones de no hacer (73); *e*) Una obligación de hacer al regular el juicio ejecutivo para las obligaciones de hacer (74).

El artículo 134 del Código de Procedimiento Civil se refiere al silencio negativo al establecer que cuando se previniere a alguno que en el acto de la notificación o dentro de cualquier otro plazo, exponga su conformidad o inconvencimiento, aceptación o no aceptación a algún trámite o mandato judicial o pedimento, su silencio, vencido el correspondiente plazo, se tendrá por negativo.

Veamos algunos ejemplos:

*a*) Los plazos. El artículo 174 del Código de Procedimiento Civil dispone que transcurridos los términos judiciales, se tendrá por caduco el derecho y perdido el trámite o recurso que hubiere dejado de utilizarse, sin necesidad de apremio ni acuse de rebeldía, salvo cuando se trate del término señalado para contestar la demanda que en ese caso se acusará de rebeldía. Como consecuencia:

---

(66) Artículo 1.482 del Código de Procedimiento Civil.

(67) Artículo 1.506 del Código de Procedimiento Civil.

(68) Artículo 138, inciso 7 de la Constitución.

(69) Artículos 196 del Código de Procedimiento Civil, 167 de la Constitución y 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(70) Artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(71) Artículo 174 del Código de Procedimiento Civil.

(72) Artículo 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 243 del Código de Procedimiento Civil. Este último prohíbe al que promueve tres a más incidentes dilatorios propone otro, salvo que deposite de diez a cien córdobas, para responder de la multa si perdiese el incidente, suma no decisiva, pero los incidentes se transmitieron en pieza separada o sea, sin suspender la tramitación de la acción principal, salvo que la otra parte la consienta.

(73) Artículo 1.814 y sigs. del Código de Procedimiento Civil.

(74) Artículo 1.814 y sigs. del Código Civil.

- i) Si el agraviado no hace uso de su recurso (reposición, apelación, casación, etc.) dentro del plazo establecido por la ley queda firme la sentencia. ii) Si no se insta la marcha del juicio, ya sea en primera y segunda instancia y casación, dentro de los plazos establecidos en la ley, el juicio caduca. Si la caducidad es de la primera instancia se puede promover nuevamente la acción (75), sin perjuicio de la prescripción. Si es en segunda instancia y casación quedará firme la sentencia recurrida y hará tránsito a cosa juzgada. iii) Si no se promueve oportunamente el incidente, se declara sin lugar. iv) Si no se presentan y practican las pruebas dentro del plazo legal, no tendrán valor, salvo las excepciones admitidas por la ley (76). v) Las pruebas deben producirse con citación de la parte contraria, pena de nulidad. Si se citó a la otra parte y no las impugnó se tienen por aceptadas. vi) Los hechos no impugnados al contestar la demanda se tienen por aceptados (77). vii) Si el demandado en el juicio ejecutivo corriente no dedujere oposición, se acepta la ejecución y se dicta la sentencia de pago o de remate (78). viii) En el juicio ejecutivo en las obligaciones de hacer y no hacer, si no existiere oposición se tiene por aceptada la ejecución, se omite la sentencia de pago y con el mandamiento ejecutivo se procederá a su ejecución (79). ix) Si no existe oposición al desahucio, éste es aceptado y se mantendrá (80). x) Al que se ordene la rendición de cuentas puede oponer excepciones dilatorias y perentorias dentro de tres días de notificado, de lo contrario pierde el derecho de hacerlo (81). xi) En el juicio ordinario se pueden oponer excepciones dilatorias y perentorias en los plazos legales, sino se pierde este derecho (82). xii) Si no se impugna el pago por consignación dentro del término de ley, ésta queda firme y surtirá todos los efectos del verdadero pago (83). xiii) En el juicio sumario con lo que conteste el demandado o en su rebeldía se sigue la causa (84).

b) Impulso procesal. La iniciación y tramitación del proceso, lo mismo que la ejecución de la sentencia, necesitan del impulso de las partes o del juez. El proceso no nace ni se desenvuelve espontáneamente.

---

(75) Artículo 404 del Código de Procedimiento Civil.

(76) Artículo 1.086 del Código de Procedimiento Civil.

(77) Artículo 1.051 del Código de Procedimiento Civil.

(78) Artículo 1.746 del Código de Procedimiento Civil.

(79) Artículo 1.819 del Código de Procedimiento Civil.

(80) Artículo 1.434 del Código de Procedimiento Civil.

(81) Artículo 1.405 del Código de Procedimiento Civil.

(82) Artículos 818 y sigs. del Código de Procedimiento Civil.

(83) Artículo 1.599 del Código de Procedimiento Civil.

(84) Artículo 1.647 del Código de Procedimiento Civil.

Si a las partes se les encomienda la iniciación e impulsión del proceso, el principio se denomina dispositivo; de acuerdo con este principio, el juez no actúa de oficio, necesita de la petición de las partes. Por el contrario, si al juez es a quien se le encomienda la iniciación del proceso, el principio se denomina inquisitivo; de acuerdo con este principio, el juez actúa de oficio.

El principio dispositivo se aplica en el proceso civil, por cuanto en éste prevalece el interés privado. El principio inquisitivo se aplica en el proceso penal, por cuanto prevalece el orden público. El principio dispositivo campea en nuestro Código de Procedimiento Civil y está consignado fundamentalmente en los artículos 56 y 193 del Código de Procedimiento Civil.

Podemos señalar, entre otras, las principales aplicaciones: i) El actor es el único autorizado para promover el proceso (*nemo iudex sine actore*). El juez no puede iniciar de oficio un proceso aunque conozca todos los pormenores de la cuestión y la violación de la ley. El artículo 935, inciso 2 del Código de Procedimiento Civil, dispone que no puede obligarse a nadie a mostrarse actor. Aunque no lo consagre expresamente este cuerpo de leyes, tampoco puede obligarse al demandado a asumir la defensa y a oponer excepciones. ii) Una vez iniciado el proceso, corresponde a las partes impulsarlo para que avance. iii) Las partes deben aportar las pruebas y hacer los alegatos correspondientes. iv) Las partes pueden disponer sobre la relación material mediante el desistimiento, deserción, transacción, abandono y allanamiento. v) El juez debe dictar su sentencia de acuerdo con lo alegado y probado por las partes. El artículo 424 del Código de Procedimiento Civil dice: «Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con la demanda y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el juicio, haciendo las declaraciones que esta exija, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando estos hubieren sido varios, se hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos». La violación del artículo transcrito da lugar a la casación de fondo fundada en el artículo 2.057, incisos 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil. No sucede lo mismo en cuanto al Derecho. El juez conoce el Derecho y debe aplicarlo y, como consecuencia, no rige el principio dispositivo. De acuerdo con el artículo 1.027 del Código de Procedimiento Civil, los jueces pueden suplir las omisiones de los demandantes, y también de los demandados, si éstas pertenecen al derecho; pero no pueden suplir de oficio el medio que resulte de la prescripción, lo cual se deja a la conciencia del litigante, tampoco las omisiones de hecho. Sin embargo en la casación, si no se cita y se motivan las disposiciones violadas, aplicadas indebidamente o mal interpretadas, no las puede suplir de oficio la Corte Suprema de Justicia (85).

---

(85) Artículo 143, inciso 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el antiguo Derecho griego, el Derecho era objeto de prueba y el juez solamente podía sentenciar con base en el derecho invocado y probado por las partes. El artículo 369 del Código de Procederes de Santa Cruz de 1833, dado para Bolivia, primer código de América, consagraba el principio de que el juez solamente debía aplicar el derecho proporcionado por las partes. En la ex Unión Soviética y demás países socialistas se le permitía al juez apartarse de la demanda y conceder lo probado, aunque no estuviera pedido. vi) Sólo a las partes les corresponde el derecho de interponer los recursos establecidos por la ley, ya que son ellas las que pueden ser agraviadas con la resolución recurrida. No obstante, y a pesar de no existir apelación, deben consultarse las sentencias de separación de cuerpo, nulidad del matrimonio y mayorización, de acuerdo con los artículos 192, 197, 281 del Código Civil, y 2.046 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. También los terceros interesados pueden apelar de acuerdo con los artículos 492 y 493 del Código de Procedimiento Civil. vii) La cosa juzgada sólo afecta a las personas que han sido partes en el proceso (86).

No obstante lo expuesto, existen algunos casos en que el juez puede actuar de oficio, por ejemplo, en las pruebas para mejor resolver, de acuerdo con el artículo 213 del Código de Procedimiento Civil; en las declaraciones de nulidad por impedimentos absolutos del matrimonio, de acuerdo con el artículo 114 del Código Civil; en la declaración de nulidad absoluta de los actos y contratos, de acuerdo con el artículo 2.204 del Código Civil; declarando su incompetencia por razón de la materia y cuantía, de acuerdo con el artículo 827, inciso 2 del Código de Procedimiento Civil y en los casos de consulta anteriormente enumerados.

c) Principio de preclusión. El proceso se desarrolla en etapas y el principio de preclusión viene a cerrar cada etapa, impidiendo que se retorne a las vencidas, por lo que si no se hizo uso de un derecho dentro de ella, quedó extinguido. Por el ejemplo: el que no apeló o mejoró en tiempo el recurso, permite que la sentencia quede firme; a quien es emplazado para que conteste la demanda y no comparezca a contestar se le declara rebelde y se entiende contestada negativamente (87). En otros sistemas la rebeldía equivale a la aceptación de la demanda.

Este principio está contemplado en el artículo 174 y otros del Código de Procedimiento Civil.

---

(86) Artículo 2.361 del Código Civil.

(87) C. 19 de octubre de 1951, B.J., pág. 15834; S: 10:15 a.m. del 19 de julio de 1958, B.J., pág. 19090; S: 11:00 a.m. del 17 de septiembre de 1956, B.J., pág. 18225; Cta. 28 de septiembre de 1959, B.J., pág. 19722; S: 9:00 a.m. del 22 de marzo de 1962, B.J., pág. 143; S: 10:32 a.m. del 20 de marzo de 1963, B.J., pág. 109; S: 9:45 a.m. del 26 de febrero de 1965, B.J., pág. 55; S: 9:45 a.m. del 30 de agosto de 1966, B.J., pág. 218.

d) Principio de eventualidad. En virtud de este principio las partes deben invocar oportunamente, en cada una de las etapas del proceso, los hechos, derechos, defensas y pruebas para el supuesto de que le puedan ser útiles, aunque de momento no lo sean.

Por ejemplo, el demandante puede acumular en forma subsidiaria a la acción principal, las acciones incompatibles con aquélla; el demandado puede esgrimir excepciones en forma subsidiaria a las primeramente invocadas, lo cual sucede generalmente en los juicios sumarios y ejecutivos donde se pueden oponer conjuntamente las dilatorias y perentorias, pasando a ser éstas subsidiarias de aquéllas, por razones obvias; el demandado se puede adherir al recurso de apelación del demandante para que el tribunal de apelación conozca de la excepción o excepciones que el juez *a quo* no consideró necesario analizar, en el supuesto de que el mencionado tribunal se pronuncie en contra de las acogidas por el juez *a quo*. Se impide en esta forma regresar a etapas procesales ya consumadas y se evita la multiplicidad de juicios.

e) La carga procesal. La carga es un deber procesal en interés propio. Son cargas procesales: i) Presentar la demanda en debida forma para impedir la caducidad de la acción o la prescripción del derecho sustancial. ii) Contestar la demanda para impedir una rebeldía. iii) Probar los hechos en que se funda la demanda o la excepción para evitar una sentencia desfavorable. iv) Recurrir en tiempo para evitar que la sentencia quede firme. v) Hacer reparos a las partidas en el juicio de rendición de cuentas para que no sean consentidas (88). vi) Apelar de todos los puntos de la sentencia y expresar agravios sobre los mismos para que no se tengan por aceptados. vii) Expresar agravios en el escrito de personamiento en las sentencias que no sean definitivas para evitar la aceptación de la sentencia apelada (89). viii) Los casos de deserción (90). La deserción es un modo de terminar el recurso por no haber el apelante cumplido las exigencias señaladas por la ley. Se ha dicho que es un abandono tácito del recurso al no cumplir el apelante ciertas exigencias. La ley impone una sanción al declarar la deserción en contra del apelante que no cumplió. Son cinco los casos de deserción que contempla nuestro Código de Procedimiento Civil, a saber: de acuerdo con el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, hay deserción cuando el apelante no presenta el papel necesario para el testimonio, si la apelación fue admitida en el efecto devolutivo; conforme el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil, hay deserción cuando el apelante se niega a proveer los gastos de

(88) Artículo 1.408 del Código de Procedimiento Civil.

(89) Artículo 2.036 del Código de Procedimiento Civil.

(90) En el artículo 939 y sigs. del Código de Procedimiento Civil se regulaba la fianza de costas, daños y perjuicios que debía rendir el actor a petición de parte, bajo la pena de declarar desierta la acción. Pero esta fianza fue tácitamente derogada por el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

remisión del proceso al tribunal superior que conocerá de la apelación; el artículo 2.005 del Código de Procedimiento Civil dice que hay deserción cuando el apelante no comparece ante el tribunal superior dentro de los plazos señalados; según el artículo 2.019 del Código de Procedimiento Civil hay deserción cuando el apelante deja vencer el plazo sin sacar el traslado para expresar agravios; el artículo 2.020 del Código de Procedimiento Civil establece que hay deserción cuando el apelante devuelve el expediente con apremio y sin escrito.

En los dos primeros casos la deserción la declara el juez *a quo*, y en los restantes el tribunal *ad quem*. Por regla general, la deserción se decreta a petición de parte. No obstante, en los casos de los artículos 464, 471 y 2.005 del Código de Procedimiento Civil hay deserción de oficio. La Corte Suprema señala cuatro casos de deserción, omitiendo el del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil (91).

Si el recurrido no contesta los agravios en apelación o en casación, su silencio debe entenderse como rechazo de estos.

La carga procesal surge con relación a las partes. La carga impone un deber, cuyo cumplimiento es facultativo. Si no se cumple, el interesado sufre un perjuicio.

Existe diferencia entre carga procesal y obligación. Según COUTURE: «La diferencia sustancial radica en que, mientras en la obligación el vínculo está impuesto por un interés ajeno (el del acreedor), en la carga el vínculo está impuesto por un interés propio» (92).

## B) SILENCIO DE LA LEY PROCESAL

La ley procesal puede guardar silencio sobre ciertos trámites de un juicio o sobre todo el procedimiento para ejercer una pretensión o recurso. En tales supuestos se recurre a la analogía y en su caso a los principios procesales.

Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO señala cómo puede integrarse el Derecho procesal y aplicar la caducidad no contemplada con relación al Código de Comercio: «Comenzaré por destacar que silencio u olvido legislativo, en un determinado código, no significa fatalmente inexistencia dentro del ordenamiento jurídico de un país y que, precisamente, la integración, como expuse, tiene por objeto suplir esas lagunas o casos no previstos, siempre que no exista incompatibilidad entre el espíritu y los fines del texto que presente el vacío y la norma con que haya de cubrirse. Pues bien: ni el apelante ni los magistrados, que se limitan a afirmaciones divagativas, ayunas de fundamen-

---

(91) S. 10:00 a.m. del 11 de junio de 1954, B.J., pág. 16957.

(92) Eduardo COUTURE, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1958, págs. 212 y 213.

tación legal, han conseguido presentar un solo artículo del Código de Comercio que contenga prohibición explícita o implícita, directa o indirecta de la caducidad; y siendo ésta un correctivo frente al uso inútil del proceso, contra la hipertrofia del principio dispositivo, que desconoce el carácter público del mismo, la duda no puede resolverse a favor del abuso, sino del remedio que le pone término. El proceso no es un instrumento para que de él se valgan los particulares como les venga en gana, ocasionando gastos y molestias inútiles, sino un mecanismo al servicio de la recta administración de justicia, ya que los tribunales son órganos del Estado para el ejercicio de la jurisdicción, atributo de la soberanía. Además, la simple apertura del proceso crea o pone de manifiesto una situación de inestabilidad o incertidumbre jurídica, que debe cesar cuanto antes, para que el demandado, a quien, como regla (salvo los juicios sin contradictorio o con él pospuesto, que representan la excepción), ampara una presunción de buena fe (de la que en orden a la carga de la prueba es exponente el conocido aforismo *actore non probante, reus est absolvendus*), no quede indefinidamente, por culpa del actor, en estado de zozobra jurídica. Si, según frase de CARNELUTTI, el litigio es la enfermedad y el proceso la medicina, es absurdo prolongar aquélla sin preocuparse de lograr la curación. En otras palabras: el proceso está destinado a terminar, ya sea mediante sentencia, que constituye su desembocadura normal, ya en forma autocompositiva (llámese desistimiento, allanamiento o transacción), bien por circunstancias que impidan la continuación del juicio o le priven de razón de ser, o bien por caducidad, y cabe asimismo abandono del proceso ante jueces públicos para reemplazarlo por el arbitraje. Lo que no tiene sentido es un proceso indefinidamente abierto y en el que nadie realice actos de impulso que lo arrastren a su destino» (93).

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha creado trámites por analogía para los que denomina recursos innominados (94), reglamentos para juzgar a altos funcionarios (95), la oposición al deslinde (96), en el juicio especial de deslinde y amojonamiento, en el cual se omitió la oposición y, como consecuen-

(93) *Clínica Procesal*, Editorial Porrúa, S. A., págs. 289 y 290.

(94) S. 11:30 a.m. del 15 de octubre de 1957, B.J., pág. 19733. Aplicó el plazo de treinta días del amparo para presentar los reclamantes el recurso innominado del artículo 173 del Código de Justicia Militar.

(95) Con fecha de 14 de octubre de 1954, la Corte Suprema de Justicia reguló un procedimiento para el juzgamiento de quienes gozaban de inmunidad y de un fuero especial o juicio de mero privilegio, ante la falta de procedimiento establecido en la ley. La Cámara de Diputados acusaba penalmente a estos funcionarios ante la Cámara del Senado y la Corte Suprema conocería como jurado.

(96) S. 10:30 a.m. del 23 de octubre de 1946, B.J., pág. 13639. S. 10:30 a.m. del 18 de junio de 1949, B.J., pág. 14711. También en estas sentencias se expresa que la oposición a la demanda consiste en excepciones que difieren la acción (excepciones dilatorias) o la concluyen (excepciones perentorias) y como no existía trámite indicó que debía seguirse el de los incidentes, aplicando así la analogía.

cia, existen dos oposiciones en el deslinde: oposición a la demanda y oposición a la línea.

## 5. EL SILENCIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

La Constitución puede callar, dejando un vacío para solucionar el caso o la situación. Este silencio puede ser prohibitivo o permisivo. Por ejemplo, cuando la Constitución señala simplemente un plazo para el ejercicio de la Presidencia de la República y guarda silencio sobre la reelección, significa que la permite; si el artículo 26 de la Constitución Política permite revisar los registros que lleva el Estado sin referirse a los que llevan los particulares, significa que también se pueda regular el *habeas data* en contra de los particulares.

Para determinar si procede la prohibición o la permisión es preciso tener en cuenta el contexto de la Constitución, sus principios y valores. Por ejemplo: el artículo 23 de la Constitución expresa que en Nicaragua no existe la pena de muerte. Si se suprime esta disposición, igualmente no sería permitida por el artículo 39 de la Constitución que establece que el sistema penitenciario es para transformar al interno y reintegrarlo a la sociedad, la que rechaza la pena de muerte. En el caso de *habeas data* se permite contra los particulares en virtud del desecho a la privacidad, el honor y la reputación regulados en el artículo 26 de la Constitución, con lo que se le da vida al principio de amplitud y expansión de los Derechos Humanos.

Pero aquí no terminan los silencios constitucionales, por lo que cito otros:

- a) En el supuesto de que el Presidente de la República no promulgue ni publique el proyecto de reforma a la Constitución o a las leyes constitucionales, lo mismo cuando no sancione, promulgue y publique las leyes en un plazo de quince días, el Presidente de la Asamblea Legislativa mandará a que se publique de acuerdo con el artículo 141, inciso 10 de la Constitución.
- b) Los tratados internacionales a que se refiere el artículo 138, inciso 12 de la Constitución deben ser aprobados dentro del plazo no mayor de sesenta días a partir de su presentación. Si se vence el plazo sin ser aprobados o rechazados, se tendrán por aprobados. Es un silencio que implica aprobación o aceptación.
- c) La falta de presentación por el diputado de la declaración de sus bienes ante la Contraloría General de la República acarrea la pérdida de su función de acuerdo con el artículo 138, inciso 10 de la Constitución.
- d) El abandono del diputado de sus funciones parlamentarias durante sesenta días continuos, sin causa justificada, acarrea la pérdida de su función de acuerdo al artículo 138, inciso 10 de la Constitución.

- e) El derecho al veto se pierde si el Presidente deja pasar quince días de recibida la ley sin hacer uso de él de acuerdo con el artículo 142 de la Constitución. Se interpreta como una aceptación de la ley.

El artículo 39 de la Ley de Amparo vigente, de rango constitucional, establece que la falta del informe del funcionario recurrido presume de ser cierto el acto reclamado.

En un Voto Disidente sobre una sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Distribuidora Nicaragüense de Petróleo, S. A. *versus* Alcaldía de Bluefields) he sostenido que esa presunción admite prueba en contrario. Esta opinión se ha convertido en sentencia en varios casos posteriores. Transcribo a continuación las partes pertinentes de dicho voto:

«El artículo 39 de la Ley de Amparo vigente establece: “Recibidos los autos por la Corte Suprema, con o sin el informe, dará al Amparo el curso que corresponda. *La falta de informe establece la presunción de ser cierto el acto reclamado*”. Es evidente que esta norma establece una presunción simplemente legal que admite prueba en contrario, pues no se enmarca dentro de ninguna de las tres hipótesis del artículo 1.383 Pr. para considerarla una presunción de Derecho. El hecho conocido es la falta de informe del funcionario recurrido, el hecho desconocido que se da por probado es la ocurrencia de los actos de los que reclama el recurrente, pues la frase “*ser cierto el acto reclamado*” debe rectamente interpretarse como “*ser ciertos los hechos aducidos por el recurrente*”. Sin embargo, una cosa es dar por probado que se realizaron determinados *actos*, y otra muy distinta dar por probado que esos actos constituyen una violación a derechos y garantías constitucionales y que hayan causado agravios al recurrente, pues ello lo debe deducir la Sala del contenido de los autos (del escrito de interposición del recurso, y de las probanzas aportadas por el recurrente). Si se amparara automáticamente al recurrente simplemente, ante la falta de informe del funcionario recurrido, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la Sala correría el riesgo conceder un absurdo (por ejemplo, admitir que al recurrente se le conceda Cédula de Identidad como miembro de otro sexo), o de emitir un fallo violatorio de la legalidad (como en el caso de autos, admitir que se le conceda al recurrente una exención fiscal a la que no tiene derecho). Desde el punto de vista político (estatal), podría perjudicarse gravemente al Estado simplemente por la negligencia, omisión, incapacidad o mala fe del funcionario recurrido (quien podría incluso estar coludido con el recurrente). Por ello considero que la Sala no puede dejar de juzgar el recurso sobre la base de lo argumentado y probado en autos y a la luz de las disposiciones constitucionales y legales pertinentes, siendo la presunción de ser ciertos los hechos aducidos por el recurrido tan sólo uno de los elementos a considerar para dictar fallo».

El silencio de la Constitución se puede llenar por medio de la analogía y la aplicación de los principios constitucionales. Puede provocar un silencio la contradicción de dos disposiciones constitucionales que no pueden armonizarse.

Uno de los silencios históricos de fundamental importancia fue llenado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos al crear, en el caso *Madison versus Marbury*, en el año de 1803, bajo la inspiración del famoso magistrado John Marshall, el control de la constitucionalidad de las leyes, legando a la Ciencia Constitucional un instrumento de defensa de la Constitución y los derechos humanos, fundamental para la democracia moderna.

En la Constitución de los Estados Unidos no se dijo explícitamente de qué forma se protegería la Constitución ni categóricamente el órgano que lo haría. El control judicial surge de la sentencia de *Marbury versus Madison*, redactada por el juez John Marshall, quien pretendió fundarla en dos disposiciones de la Constitución, el artículo III, Sección ii y el artículo VI, inciso ii. Sus antecedentes se desprenden de la opinión de Alexander Hamilton en *El Federalista*, donde expresa: «La interpretación de las leyes es de la propia y peculiar competencia de los tribunales. Una Constitución es en el hecho, y así debe mirarse por los jueces, como una ley fundamental. A ellos pertenece por lo tanto interpretar su significado, como el sentido de cualquier norma particular que proceda del cuerpo legislativo y, en caso de diferencia irreconocible entre las dos, preferir el deseo del pueblo declarado en la Constitución al de la legislatura expresado en el estatuto legal» (97).

En Argentina el artículo 43 de la Constitución de 1994 concede amparo en forma amplia por los actos y omisiones de las autoridades o de los particulares en virtud de la violación de los derechos y garantías consignados en la Constitución, en un tratado o en una ley.

Su antecedente lo encontramos en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 5 de septiembre de 1958, en el caso *Samuel Kot, S. R. L.*, en virtud de la cual admitió el amparo contra actos de particulares con el fin de respetar la libertad frente a una sociedad donde aparecen fuertes grupos de poder que se enfrentan no sólo contra el Estado, sino también contra los particulares. Se trataba de un conflicto entre la sociedad patronal que pedía la desocupación del local por los trabajadores. Se admitió el amparo interpuesto por la patronal a fin de proteger la propiedad y el derecho a trabajar (98).

---

(97) «El Federalista». Carta LXXVIII. Publicación de Libro Libre, San José, Costa Rica, 1986, pág. 203.

(98) La Corte Suprema expresa: «Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita sostener que la protección de los derechos humanos se circunscriba a los ataques que provengan de la autoridad solamente. Hay ahora una categoría de sujetos que solo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones pro-

En 1957 (caso Sirí) la Corte Suprema argentina había concedido el amparo contra actos de autoridad sin que este recurso estuviera regulado en ninguna ley, aunque se podía deducir de la Constitución. Es una creación jurisprudencial, tanto este caso como el caso Kot. En ambas sentencias, como no existía regulación del amparo, la Corte Suprema se aprovechó del procedimiento del *habeas corpus* para darle vida al amparo, y así continuó admitiendo los recursos de amparo hasta las reformas posteriores que lo consagran. La mayor parte de la doctrina también apoya este sistema (99).

La República Dominicana no tiene regulado el amparo en su legislación interna, pero se aplica el Pacto de San José por haber sido aprobado por el Congreso y el artículo 29 de la Ley de Organización Judicial dispone que la Suprema Corte de Justicia tiene competencia para determinar el procedimiento judicial que deberá observarse en los casos ocurrentes, cuando no esté establecido en la ley o resolver cualquier punto para que tal procedimiento sea necesario. La Suprema Corte de Justicia, por sentencia del 24 de febrero de 1999, adopta el amparo consagrado en el artículo 25, numeral 1 del Pacto de San José, incorporado por ley al Derecho dominicano. Pero como lógicamente no existía procedimiento para el amparo, dicha Corte, fundamentándose en el citado artículo 29, atribuyó competencia para su conocimiento y diseñó el procedimiento a observar en este recurso. En resumen es una sentencia creativa.

Con la aparición del control de la constitucionalidad de las leyes, la creatividad de los tribunales que ejercen esta jurisdicción, se facilita adecuar la Constitución a las realidades actuales, lo mismo que integrarla.

## 6. CONCEPTO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

No se trata de un silencio de la Constitución, por el contrario, ésta se expresa claramente en forma de mandato para que se cumpla con la disposición constitucional.

La omisión tampoco es un simple silencio, es la violación de una obligación de hacer, impuesta por un deber constitucional. En otras palabras, para no incurrir en la omisión inconstitucional hay que hacer, actuar, lo que la cláusula constitucional dispone.

---

fesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representen una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos fundamentales».

(99) Adolfo AMADEO RIVAS, *El Amparo*, Buenos Aires, Ediciones la Rocca, 1990, pág. 359 y sigs. Adolfo GABINO ZIULU, *Derecho Constitucional*, T. II, Depalma, pág. 37. Roberto DROMI y Eduardo MENEM, *La Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, pág. 158 y sigs. Germán J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 1994, pág. 708 y sigs.

En términos concretos es la no expedición del decreto, orden, acto o ley que ordena hacerlo, en virtud de lo cual se viola la Constitución.

La aplicación de esta institución se funda en las razones siguientes: *a)* La Constitución es una norma jurídica, cuya máxima sanción es la nulidad de lo que se le oponga. A las que se le pueden añadir otras: sanciones, daños y perjuicios, delitos, etc. *b)* Es una ley superior cuya aplicación no puede quedar al arbitrio del Estado y de los particulares, portadora de la voluntad del constituyente de que sea cumplida y desarrollada. *c)* Tiene una función transformadora de la sociedad en busca de la igualdad real, lo que obliga al Estado a superar los obstáculos que la impiden mediante la formulación y cumplimiento de los programas sociales. *d)* Existen normas constitucionales que encierran un mandato para que sean desarrollados. *e)* Existe un deber constitucional de cumplir las normas constitucionales y uno de sus medios es la denuncia de violación por omisión. Pero existe una fuerte oposición contra esta institución y se esgrimen los argumentos siguientes: *a)* En los países donde no está regulada, se oponen a su aplicación, precisamente su falta de regulación, pero la jurisprudencia, ante la necesidad práctica de incorporarla, la ha aceptado aplicando por analogía procedimientos ya establecidos (exhibición personal, amparo). *b)* Los que niegan valor normativo a la Constitución, no pueden aceptar esta institución, pues no puede surgir un deber constitucional del desarrollo del articulado de la Constitución. Además existen normas programáticas que exigen desarrollo legislativo para su aplicación. Pero esta razón no puede ser aceptada en la actualidad y no es obstáculo para la aplicación de la institución. *c)* El poder legislativo tiene amplias facultades y libertades para formar sus leyes de acuerdo con los principios de oportunidad, conveniencia y concretización de los preceptos constitucionales de acuerdo a los valores, principios y opiniones políticas de una sociedad plural; pero tal potestad no debe servir de pretexto para dejar muertos por inanición muchos principios y mandatos constitucionales que requieren y exigen desarrollo, negando de esta manera la aplicación de esta institución. *d)* La división de poderes es otro impedimento para el funcionamiento de esta institución porque se considera que se viola al intervenir la justicia constitucional en la aprobación de las leyes; pero si aceptamos que el tribunal constitucional se limite a recomendar al poder legislativo la aprobación de las leyes que exigen el mandato constitucional y soluciona el caso concreto, podemos ver en ella un sistema de control y no de intervención, como se da en el amparo y el recurso de inconstitucionalidad de las leyes. *e)* La jurisdicción constitucional podría con esta figura bombardear de recomendaciones legislativas que ya no son aceptables en la sociedad o que recargan al Estado de obligaciones económicas y sociales fuera de su capacidad. Para evitar este mal los tribunales constitucionales deben actuar con prudencia. *f)* El carácter de legislador negativo que tiene el Tribunal Constitucional impide el funcionamiento práctico

de la institución; pero en la realidad las cosas han cambiado, los tribunales constitucionales también han asumido funciones de formación normativa, como de legislador positivo.

## 7. SISTEMAS DE CONTROL DE LA OMISIÓN

Existen dos corrientes doctrinales y legislativas con relación al control de la omisión, una amplia y la otra restrictiva.

En virtud del concepto amplio se permite controlar la omisión proveniente de todos los poderes del Estado, derivado de la obligación constitucional de actuar o reglamentar la Constitución.

Los partidarios de la posición restrictiva consideran que la omisión violatoria de la Constitución debe concretarse a la falta de la promulgación de la ley por parte del poder legislativo obligado por mandato expreso. Su origen y justificación la vinculan al surgimiento del Estado Social de Derecho, cuyas constituciones consagran los derechos económicos, sociales y culturales.

En resumen existen tres sistemas de control de la omisión inconstitucional: el sistema judicial; el sistema administrativo; y el sistema legislativo. Éstos son seguidos por nuestro ordenamiento constitucional y jurídico. Por tal razón trataremos brevemente de cada uno de ellos.

### A) EL SISTEMA JUDICIAL

Tanto la Constitución (100) como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (101) y la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (102), ambos con rango constitucional, garantizan un proceso o juzgamiento sin dilaciones. Para tal efecto la Constitución (103), los Códigos y las leyes procesales establecen los plazos dentro de los cuales deben dictarse las sentencias.

Las personas tienen derecho a un juicio sin dilaciones indebidas. Es un derecho que se aplica a todo proceso. La retardación de justicia es uno de los males que ataca con mayor fuerza a la administración de justicia en muchos países y es difícil de combatir (104).

---

(100) Artículo 34, inciso 2 de la Constitución.

(101) Artículo XXV.

(102) Artículo 8

(103) Artículo 34, inciso 8 de la Constitución.

(104) Se calcula que existen 156.000 casos pendientes que deben resolverse de acuerdo con el derogado Código de Instrucción Criminal, y en lo civil se presenta una morosidad no menor de 200.000 casos por resolver en forma definitiva.

Son muchos los factores que contribuyen a la retardación de justicia: el juicio escrito; las crisis procesales (excepciones dilatorias, incidentes de previo pronunciamiento, etc.); pocos jueces y muchos litigios; lentitud de los jueces; falta de organización; falta de comodidad para trabajar; procedimientos complicados; las instancias y recursos, entre otros.

Se recomienda el juicio oral por su rapidez, inmediación y otras ventajas para superar la lentitud. No obstante, es caro y en nuestro país nunca se había regulado, por lo que no tenemos experiencia en su manejo.

El juicio oral está en prueba con el reciente Código Procesal Penal.

La mora judicial al no fallar en el tiempo señalado por la ley o atrasar el juicio, conlleva una violación de la Constitución por omisión.

El artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la sentencia definitiva debe dictarse dentro de treinta días de encontrarse el proceso en estado de fallo, salvo los casos en que las leyes señalen otro plazo menor. La sanción que se impondría a los jueces y tribunales son las siguientes: la primera vez es una amonestación; la segunda la suspensión de un año sin goce de salario; por tercera vez la destitución. Este artículo está reglamentado y se establece un juicio sumario para conocer de las sanciones. Las sanciones son impuestas por el superior jerárquico, sin perjuicio de las responsabilidades civiles en que pueden incurrir.

Las partes pueden interponer el recurso de retardación de justicia, regulado en los artículos 2.103 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Es preciso advertir que dentro de los juicios es posible declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa en cualquier instancia y en casación con fundamento en la causal primera de fondo, específica para la violación de la Constitución.

La Procuraduría de Derechos Humanos también tiene una potestad de control de la retardación de justicia. No son pocas las quejas que ha presentado contra los jueces y la misma Corte Suprema de Justicia.

## B) EL SISTEMA ADMINISTRATIVO

En el artículo 188 de la Constitución se consagra el amparo en contra de toda disposición, acto o regulación y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución.

Este es un recurso extraordinario que se interpone ante la Sala de lo Civil de la Corte de Apelaciones correspondientes, pero se falla por la Corte Suprema, Sala de lo Constitucional. Afecta a todos los poderes, siempre que no se refiera a leyes, sentencias judiciales o materia electoral.

Se puede, por ejemplo, recurrir de amparo porque la autoridad correspondiente no le otorga un pasaporte o licencia a una persona; recurrir de amparo para obligar a la Asamblea Nacional a nombrar a los magistrados de la Corte Suprema cuando no lo hicieren en tiempo (al escribir estas líneas en abril del 2003, tienen nueve meses de no nombrarlos). La sentencia, de acuerdo con el citado artículo 46, obligaría a la Asamblea Legislativa a nombrarlos.

La Asamblea Legislativa también nombra a otros funcionarios y en tales casos también cabe el amparo por omisión. En todos los casos, establezca o no plazo la Constitución para el nombramiento de un funcionario y no se ha hecho el nombramiento, cabe el recurso de amparo.

También se puede interponer el *habeas corpus* para salir de la cárcel por detención ilegal; lo mismo que hacer uso del *habeas data* para que lo eliminen del archivo de la policía porque no ha cometido delito.

Se puede hacer uso del amparo para emplazar al Presidente para que en el plazo no mayor de seis meses que le otorga el artículo 150, inciso 10 de la Constitución, reglamente la ley. Si el Ejecutivo no lo hace en ese plazo, lo hará la Asamblea Legislativa de acuerdo con el artículo 141, párrafo 9 de la Constitución. En este último caso no señala plazo para su aprobación, pero debe entenderse que son otros seis meses por analogía.

Por omisión se pueden violar los derechos constitucionales, para lo cual la ley otorga los mencionados recursos contra la autoridad violadora.

El amparo no cabe contra los particulares, como en algunos otros países de Latinoamérica (105).

### C) EL SISTEMA LEGISLATIVO

En la Ciencia Constitucional clásica no existía preocupación por el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión de las leyes. La Constitución tenía un valor programático, sus normas no tenían carácter jurídico y se aplicaban cuando el legislador decidía por cuestiones de oportunidad y de conveniencia desarrollarlas.

En criterio ha cambiado, la Constitución es una norma jurídica obligatoria para el Estado y los particulares, la cual debe cumplirse ante las acciones y omisiones que la violen. La Constitución debe adecuarse a los tiempos a través de la interpretación y las leyes que dicte el poder legislativo, particularmente sobre los derechos humanos en sus tres generaciones.

El Estado Social de Derecho le ha dado mucho impulso a esta institución sobre la base de los derechos culturales, económicos y sociales. La omisión

---

(105) Cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Los derechos humanos y el control del poder privado*, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales, Bogotá, Colombia, 2001.

del Estado, incluyendo la legislativa, es el peor enemigo de estos derechos. Por tal razón en este tipo de Estado se acepta la violación constitucional por omisión.

El primer antecedente constitucional lo encontramos en los países tras la Cortina de Hierro. El artículo 377 de la Constitución de la ex Yugoslavia expresa: «Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia constatare que un órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias para la ejecución de las disposiciones de esta Constitución, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales, estando obligado a dictarlas, dará conocimiento de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia».

La labor del Tribunal de Garantías Constitucionales era pues, de carácter informativo y de recomendación sin fuerza coactiva, pero la disposición es amplia en cuanto a la ejecución de la Constitución, leyes y prescripciones y a las autoridades que abarca.

Después la figura se regula en Portugal y pasa a otros países como veremos más adelante.

## 8. IMPORTANCIA DE LA INSTITUCIÓN

La Constitución es la ley superior del ordenamiento jurídico y debe cumplirse por todos los poderes y órganos estatales y por los particulares.

Se puede incumplir (violar) por acciones u omisiones que, lógicamente, serían inconstitucionales. En nuestros países no son pocas las violaciones por omisión, pues los gobiernos generalmente callan y entran a la inacción ante los problemas económicos, políticos, jurídicos y sociales.

Para que el cumplimiento de la Constitución sea completa y no existan burlas en contra de ella, es preciso aplicar los recursos o juicios existentes o crear los adecuados para defender la Constitución contra las violaciones por omisión.

Ya hemos visto que a través del amparo y en los juicios comunes existe un control por omisión. Pero nuestro sistema no fue formulado para controlar la omisión de las leyes por el respeto a la teoría de la división de poderes.

La justicia constitucional nicaragüense tiene tres retos fundamentales: regular la acción de inconstitucionalidad por omisión de leyes, reglamentar el *habeas data* y poner a funcionar la causal primera de la casación en el fondo que autoriza recurrir por violación directa o indirecta de la Constitución (106).

---

(106) *Los derechos humanos y el control del poder privado*, Instituto de Estudios Constitucionales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2001.

## 9. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Tres son los requisitos que se exigen para que proceda al recurso de inconstitucionalidad por omisión: *a)* que la norma constitucional exija la aprobación de la ley y no la deje a discreción del legislador; *b)* que existe mora de la Asamblea Legislativa porque se venció el plazo establecido en la Constitución o que haya transcurrido un tiempo prudencial que amerite declarar la mora; *c)* legitimación activa.

### A) PRIMER REQUISITO

El Poder Legislativo es el encargado en el sistema democrático de dictar, reformar y derogar las leyes, de acuerdo con los criterios de conveniencia y oportunidad. En otras palabras, la razonabilidad de las leyes, la conveniencia, la oportunidad, su eficacia económica o social son cuestiones políticas de la exclusiva apreciación de la Asamblea Legislativa y no justiciables, están fuera de la jurisdicción constitucional.

Por otra parte, la Asamblea Nacional no es una máquina permanente de hacer leyes, lo cual nos llevaría a un sistema legal inflacionario que provocaría graves males: complicación y atraso en la administración de justicia, la seguridad jurídica se afecta porque muchas veces no se sabe cuáles son las leyes vigentes, es difícil para el pueblo saber a qué atenerse en materia legal, la libertad se deteriora porque las leyes en alguna forma limitan la libertad (107), igualmente es posible que no existan los recursos económicos para la aplicación eficaz de la ley, etc.

Sin embargo, esta libertad de la Asamblea Legislativa, está limitada por los mandatos constitucionales. En el Estado Constitucional, principalmente en el Constitucional de Derecho Social, no se puede permitir que la Constitución no se desarrolle y cumpla con sus fines, valores y principios. La Constitución es una norma que debe cumplirse, que el legislador debe desarrollar. Esa es la voluntad del constituyente. Es obligación del legislador mantener una legislación clara, actualizada y suficiente, aunque no inflacionaria.

El legislador está obligado a desarrollar los mandatos constitucionales que por su propia naturaleza lo requieran, pero no todos de manera inmediata o a corto plazo, salvo que la Constitución le exija que dicte una ley en forma expresa y no la deje a su discreción.

Debemos advertir que si el mandato constitucional contiene un derecho ejercitable inmediatamente, sin necesidad de regulación por ley ordinaria,

---

(107) Se ha dicho, con razón, que las dictaduras se distinguen porque son objeto de leyes todas las actividades de las personas, hasta en los más mínimos detalles. Nuestro sistema jurídico es inflacionario.

no estamos en presencia de la inconstitucionalidad por omisión. La norma constitucional que da lugar a la inconstitucionalidad por omisión es la que requiere la intervención del legislador para lograr su eficacia, intervención que es obligatoria y que se traduce en la aprobación de la ley.

## B) SEGUNDO REQUISITO

La mora legislativa, o sea, el surgimiento de la obligación de iniciar el procedimiento de la ley que exige el mandato constitucional, principia a operar de la manera siguiente:

- i) Si se ha establecido plazo en la cláusula constitucional que obliga a dictar la ley, la mora principia con el simple vencimiento del plazo, sin ningún requerimiento previo a la Asamblea Legislativa. Si el plazo es para que inicie el procedimiento legislativo, el vencimiento del plazo hace las veces de requerimiento al legislativo para que lo inicie y apruebe la ley. Si el plazo es para que se apruebe la ley dentro de él, la mora principia inmediatamente después de promulgada la Constitución, sin requerimiento previo. Esta mora opera sin intervención judicial. La jurisdicción constitucional solamente reconoce que operó la mora y falla de acuerdo a su sistema. No es común señalar constitucionalmente un plazo para que se apruebe la ley. Existen algunos ejemplos en el Derecho Comparado: El artículo 117.1 de la Constitución de Alemania, el artículo 22 de la Constitución de la provincia de Río Negro (Argentina) señala varios plazos para que el legislador adopte ciertas normas, el artículo 39 de la Constitución federal argentina que ordenaba aprobar la normativa reglamentaria de la iniciativa popular de leyes dentro de los dieciocho meses de entrada en vigor de la reforma de 1994 de la Constitución.
- ii) Si no existe plazo para aprobar o principiar la ley, debe transcurrir un plazo prudencial (108) para que entre en mora el legislativo, de acuerdo a las circunstancias y exigencias del momento. El destacado constitucionalista español José Julio Fernández Rodríguez opina que la inactividad legislativa debe ser excesivamente prolongada, pero admite modulaciones. Expresa: «En segundo lugar, la inactividad debe conectarse a un periodo excesivamente prolongado. Aquí se encuentra la gran relatividad de la institución y la necesidad de un proceder

---

(108) La mayoría de los autores sostienen que la inconstitucionalidad no se produce inmediatamente después de promulgada la Constitución, sino después del transcurso de un tiempo reprochable al legislador.

casuístico que analice individualmente las circunstancias de cada supuesto, lo cual puede traducirse en diferentes posiciones en función del caso, aunque en apariencia haya similitud desde el punto de vista técnico. Durante un tiempo excesivamente largo es una expresión que permite modulaciones, que puede entenderse como un tiempo irrazonablemente largo y que *a priori* carece de concreción, por lo que queda en manos del órgano competente determinar si ha transcurrido o no este tiempo teniendo presente las diversas circunstancias que existan, circunstancias de variada naturaleza» (109).

### C) TERCER REQUISITO

Están legitimados activamente por ejercer esta acción todas aquellas personas perjudicadas por la omisión legislativa inconstitucional. Debe ser abierta a los sujetos individuales y colectivos, lo mismo que concederse acción popular. La legitimación pasiva reside en la Asamblea Legislativa, la cual por su inactividad viola la Constitución.

## 10. OMISIÓN TOTAL Y OMISIÓN PARCIAL

La omisión constitucional puede ser total (o absoluta), parcial (o relativa) (110). Es total cuando no se aprueba la ley que debe desarrollar la cláusula constitucional. Es parcial cuando se aprueba la ley, pero se omiten algunos aspectos, instituciones, casos o situaciones. Ejemplos de leyes que faltan en forma absoluta: proyecto de ley que impida que los medios de comunicación social sean sometidos a intereses extranjeros o al monopolio económico de algún grupo (111), proyecto de ley que regule la unión de hecho de la pareja (112). Ejemplos de omisiones parciales: falta de la regulación de la participación popular en la organización de los tribunales que administran justicia (113) en la Ley Orgánica del Poder Judicial, falta de regulación del *habeas data* en la Ley de Amparo.

---

(109) «Aproximación al concepto de inconstitucionalización por omisión», en *En busca de las normas ausentes*, *ob. cit.*, pág. 33.

(110) La distinción, entre omisión absoluta y relativa (la que vulnera el principio de igualdad) tiene su origen en un artículo que WESSEL, jurista alemán y magistrado del Tribunal Constitucional que publicó sobre el amparo. Esta distinción ha sido atacada por varios autores, pero defendida por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ por ser útil, además, le concede autonomía a la relativa. Cfr. «Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión», en *En busca de las normas ausentes*, *ob. cit.*, pág. 59.

(111) Artículo 68, inciso 3 de la Constitución.

(112) Artículo 72 de la Constitución.

(113) Artículo 166 de la Constitución.

La omisión parcial o relativa también puede darse cuando se otorga un derecho, pero se omite a ciertos grupos que deben gozar del mismo (114), violándose el derecho de igualdad.

## 11. OMISIONES QUE AFECTAN A LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS QUE NO LOS AFECTAN

Esta distinción tiene su origen en el diferente contenido de las normas constitucionales, las cuales fundamentalmente organizan el Estado y consagran los derechos humanos. De aquí la distinción entre la parte orgánica y dogmática de la Constitución.

La distinción tiene como finalidad destacar la importancia que debe dársele a los derechos humanos y el papel activo que deben jugar los jueces y tribunales de la jurisdicción constitucional y todos los aplicadores de la Constitución en su defensa, aún en el caso de vacíos y omisiones.

Sin derechos humanos y cumplimiento de los mismos no existe democracia. No debemos olvidar que el estudio e interpretación de los mismos es una especialidad muy importante.

## 12. OMISIÓN FORMAL Y MATERIAL

Según FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, existe otra distinción entre omisión formal y material, vinculada con la absoluta y la relativa. La formal se produce cuando el legislador adopta una inactividad total o parcial ante disposiciones que necesitan regulación. Agrega que las omisiones absolutas o totales son formales; en cambio, en las parciales es necesario distinguir: las que violan el principio de igualdad, que son de carácter material, y las que desarrollan en forma incompleta una norma constitucional, que son formales (115).

## 13. LOS DERECHOS SOCIALES Y LA OMISIÓN

Los derechos en el Estado Constitucional burgués fueron consagrados junto con sus garantías para asegurar su cumplimiento. Entre otras garantías estableció las siguientes: un Estado mínimo, abstencionista, los recursos de *habeas corpus*, el amparo, la inconstitucionalidad de la ley, el libre mercado

---

(114) La doctrina y la jurisprudencia contemplan muchos casos de este tipo de omisión.

(115) «Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión», en *En busca de las normas ausentes*, ob. cit., pág. 60.

para el juego de la libertad de empresa, del comercio y el ejercicio del derecho de propiedad.

Posteriormente, en el Estado Social de Derecho se incorporaron a la Constitución los derechos sociales de la segunda y tercera generación, pero los instrumentos legales para defenderlos del Estado burgués, no eran adecuados para ello y no se establecieron otros. Pero este Estado es grande, poderoso, intervencionista. El Estado y su Constitución promueven el desarrollo y aplicación de derechos humanos. Pero actualmente está en crisis (116).

Este vacío de garantías se vuelve evidente en la justicia constitucional, que ha hecho grandes esfuerzos para el desarrollo económico, cultural y político de la sociedad, provocando en muchos casos verdaderas revoluciones en materia social.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de los derechos prestacionales; a saber: *a)* Algunos autores como BURDEAU, le niegan fortaleza jurídica y los conciben como pretensiones frente a la sociedad para exigirle al Estado prestaciones a fin de desarrollar la personalidad. *b)* Otros los consideran como derechos cívicos exigibles al Estado, el cual tiene que realizar acciones positivas frente a ellos. *c)* Los derechos prestacionales se derivan del Estado Social de Derecho. Forman parte de su propia estructura y finalidad para hacer una sociedad más justa con base en la promoción de la igualdad real. En consecuencia, son verdaderos derechos y principios constitucionales. *d)* Son normas programáticas que tienen cumplimiento cuando el Estado tiene recursos y el legislador las desarrolla, por lo que no pueden ser exigidos por el recurso de amparo. No son derechos subjetivos porque no son tutelados judicialmente. Son directrices de las que no puede desviarse el legislador, pero no tienen efectos jurídicos concretos en el supuesto de que no sean cumplidos. *e)* Son verdaderas normas jurídicas que obligan al Estado a realizar las acciones necesarias para que sean desarrolladas, sirven como criterios de interpretación de la Constitución y las leyes ordinarias, pueden ser atendidas judicialmente en algunos casos concretos, obligan al

---

(116) Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ señala cuatro generaciones de los derechos humanos: los de la primera generación son los individuales y civiles, generales y universales, son los derechos del hombre; los de la segunda generación son los derechos políticos, en un principio limitados y ahora extendidos a todos los ciudadanos; los de la tercera generación son los económicos, sociales y culturales; los de la cuarta generación son los derechos de la mujer, de los ancianos, de los minusválidos y de los consumidores. Los destinatarios de los derechos individuales y políticos son todas las personas, los destinatarios de los derechos económicos, sociales y culturales son los que carecen de medios para ejercerlos y no los ricos que sí tienen, por lo que sería desvirtuar estos derechos concediendo, por ejemplo, salud y enseñanza gratuita a los que tienen posibilidades de satisfacer estas necesidades junto con los pobres, de lo cual depende el porvenir del Estado social. Los derechos de la cuarta generación deben atribuirse a los grupos señalados, no son derechos de todos (*Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 61 y sigs.).

legislador, pero este tiene amplia libertad para las configuraciones sin desnaturalizarlas.

Los derechos sociales son verdaderos derechos justiciables, pero con ciertas limitaciones sustantivas y de la justicia constitucional, los cuales tienen que ser fortalecidos con procedimientos específicos o generales de defensa de los derechos humanos, a los cuales pertenecen (117). Expresa el constitucionalista Javier TAJADURA TEJADA: «El profesor Carlos de Cabo, uno de los más cualificados estudiosos del Estado social, y de su crisis, recordaba hace años en una obra ya clásica cómo “el Estado social no produce una estructura institucional garantista de los derechos sociales a la manera como el Estado liberal la construyó para los derechos individuales”. El hecho —continuaba el Catedrático de la Universidad Complutense— es jurídicamente inatacable, pero no se hace sin coste de legitimación y de erosión de credibilidad y del sentimiento constitucional. Esas insuficiencias de la estructura institucional, garantista del Estado constitucional, son manifiestas y notorias en el ámbito de la justicia constitucional, instituto con el que el Estado constitucional alcanza su consolidación definitiva. La justicia constitucional fue concebida para coronar con éxito el grandioso y armónico edificio del Estado Constitucional liberal. Cuando sobre las ruinas de éste, tras la Segunda Guerra Mundial, fueron erigidos los estados sociales contemporáneos, las Constituciones introdujeron sin cambios el modelo de justicia constitucional del Estado constitucional clásico» (118).

Los derechos sociales, pues, determinan el tipo y fines del Estado. El Estado burgués y el social representan la lucha entre la libertad y la igualdad, analizada en la filosofía del Derecho, la Economía y la Ciencia Constitucional. Debe existir un equilibrio entre la libertad y la igualdad, sin que una destruya a la otra.

Los economistas vinculan los derechos al mercado. Algunos ven al mercado como productor de muchas injusticias, otros como fuente de libertad, responsabilidad individual, de progreso y de moralidad sin envidia. Para

---

(117) Víctor ABRAMOVICH y Chistian CURTIS son grandes defensores de la exigibilidad de los derechos sociales frente a la tesis aceptada por un buen sector doctrinal de que no son propiamente derechos porque su satisfacción consiste en un hacer y no en un no hacer y, por lo tanto, no son formalizables ni universales. No son actos sancionables y anulables, sino omisiones que no resultan sancionables ni justiciables. Pero observan que tanto los derechos clásicos como los sociales imponen prohibiciones y obligaciones, por lo que estos derechos y los derechos de libertad clásicas no se diferencian en su estructura. Son sancionables y justiciables, por ejemplo, las violaciones al medio ambiente, la salud, etc., y las omisiones y falta de prestaciones cuya efectividad es posible garantizar judicialmente en buena parte de los casos. Es un estudio completo sobre las formas de lograr el cumplimiento de estos derechos (*Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trota, Madrid, España, 2002).

(118) «La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales», en *En busca de las normas ausentes*, ob. cit., págs. 287 y 288.

el economista español, Carlos RODRÍGUEZ BRAUN (119), defensor de la libertad del mercado, las libertades clásicas, como la religiosa o de opinión o de prensa, tienen en común las características siguientes: son iguales para todos; su ejercicio no requiere la usurpación de la libertad de ningún otro individuo; la acción del Estado es contenida porque esas libertades requieren que no intervenga, lo cual armoniza con los principios liberales de limitación del poder, respeto a los derechos y las libertades y la no discriminación.

Si una persona recibe vivienda y educación sin pagarlo o pagando menos se invierten las tres libertades clásicas: el derecho no es igual para todos; para el disfrute de esos derechos hay que obligar a otros para que paguen por el beneficiario, lo que quebranta el derecho de propiedad; el poder del Estado crece porque tales derechos exigen que intervenga coaccionando a los ciudadanos para obtener los ingresos necesarios, todo lo cual contradice los principios fundamentales del liberalismo; el poder ya no es limitado; los derechos y libertades individuales están condicionados a la satisfacción de esos nuevos derechos; el Estado está obligado a discriminar entre las personas tanto para recaudar impuesto como para brindar prestaciones.

El recurso de inconstitucionalidad por omisión es un instrumento útil para promover y aplicar los derechos sociales, huérfanos de defensas legales en la justicia constitucional, pero ya se ha logrado un avance en el derecho positivo y la jurisprudencia. Luigi FERRAJOLI estima que la omisión es la forma más frecuente en que se viola un derecho social y niega que las garantías frente a la omisión sean necesariamente menos eficaces que las previstas para una comisión (en la que generalmente se viola un derecho de libertad). La tesis podría invertirse porque la violación de libertad, o peor aún, del derecho a la vida, puede ser sancionada pero no anulada, en cambio, la violación por incumplimiento de un derecho social, puede ser reparada por la ejecución, aun tardía, por lo que las garantías jurisdiccionales de un derecho social pueden ser más efectivas que las de un derecho de libertad (120).

#### 14. PROCEDIMIENTO PARA CONOCER LA OMISIÓN Y EL ÓRGANO COMPETENTE

En las constituciones debe consagrarse la acción de inconstitucionalidad por omisión y remitir a la ley correspondiente su regulación, en nuestro caso en la Ley de Amparo, de rango constitucional, que regula, junto con los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el Código de Procedi-

---

(119) *Estado contra Mercado*, Editorial Taurus, Madrid, 2000, págs. 67, 68, 69 y 70.

(120) Prólogo a la obra de Víctor ABRAMOVICH y Chistian CURTIS, «Los derechos sociales como derechos exigibles», *ob. cit.*, pág. 11.

miento Civil en la causal primera de la casación en el fondo y el artículo 194 del mismo, la jurisdicción constitucional.

El órgano estatal debe ser la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Constitucional de dicha Corte o un Tribunal Constitucional.

Se deben usar, a falta de esta regulación expresa, otros procesos constitucionales como el amparo, los recursos innominados, etc., para denunciar la omisión de inconstitucionalidad por omisión.

## 15. SISTEMAS QUE CONTEMPLAN EXPRESAMENTE LA INSTITUCIÓN

Como ya hemos expresado, la inconstitucionalidad por omisión principia a incorporarse a algunas constituciones en el último cuarto del siglo XX, a pesar de la oposición de cierto sector de la doctrina.

El movimiento principia en Yugoslavia, pasa a Portugal y Hungría y luego a Latinoamérica. En Europa no es recogido por otra Constitución.

Expresa José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Reconocimiento positivo expreso de esta competencia lo hallamos en Portugal y en Hungría. En Portugal se concibe la omisión inconstitucional de una manera amplia: inaplicación de los artículos no directamente exigibles de la Carta Magna por la ausencia de la legislación que les dote de aplicabilidad. En Hungría se ve como el incumplimiento, por parte del legislador, de sus obligaciones legislativas derivadas de una norma jurídica, lo cual también le otorga unas dimensiones amplias. La introducción de esta figura vía jurisprudencial se ha producido en otros ordenamientos, como en Alemania e Italia, aunque en otros lugares el órgano de justicia constitucional ha tenido que enfrentarse expresamente a la misma en alguna ocasión (Andorra, Bélgica, Rumanía). No hay que olvidar que los problemas que genera una omisión parcial que infringe el principio de igualdad pueden ser, hasta cierto punto, habituales» (121).

## 16. SISTEMAS QUE NO CONTEMPLAN LA INSTITUCIÓN

Existen algunos países que no contemplan la inconstitucionalidad por omisión y la jurisprudencia y la doctrina se niegan a aplicarla o simplemente la ignoran o apartan (122).

---

(121) *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, 2002, pág. 77.

(122) Según Edgardo MOLINA MOLA, constitucionalista panameño, el control de las omisiones legislativas no es aceptado en Panamá, pues sólo puede tener lugar contra una norma o proyecto ya vigente, pero no por omisión de las funciones legislativas, porque es requisito que la norma exista o esté en procedimiento de convertirse en ley o en

Son varios los argumentos que se puedan esgrimir, entre otros, no existe una disposición expresa en el ordenamiento jurídico para que funcione; la justicia constitucional hace de legislador negativo y no positivo; viola la libre conformación de la ley por parte del poder legislativo, afectando la división de poderes (123).

No obstante existen, entre otros, contundentes argumentos para aceptar la inconstitucionalidad por omisión en estos sistemas: el hecho de que no se contemple expresamente no es un silencio que implique negación, vacío que se puede llenar con otros procedimientos constitucionales por analogía (el amparo, los recursos innominados, etc.); la Constitución es la ley superior que quedaría parcialmente garantizada por la jurisdicción constitucional, si sólo funciona contra la ley y no contra la omisión, lo que sería grave con relación a los derechos humanos; la constitución en la actualidad es transformadora de las realidades políticas, sociales, económicas y culturales, es un medio para desarrollar los derechos sociales.

Es conveniente ubicarse dentro de este tema y expresar que la jurisdicción constitucional tiene tres funciones: *a)* La función meramente interpretativa de la Constitución. *b)* La función creativa del Derecho, convirtiéndose en legislador negativo y positivo, lo cual se manifiesta en la forma siguiente: i) La declaración de la inconstitucionalidad de la ley (legislador negativo). ii) Se le concede iniciativa legislativa y constitucional en algunos países. iii) Interpreta la Constitución de acuerdo a las realidades económicas, políticas y sociales. iv) Conoce del recurso de inconstitucionalidad por omisión. v) Dicta las conocidas sentencias interpretativas, adicionales (124), sustitutivas, etc., mediante las cuales modifica, agrega e interpreta la norma *c)* Integra y unifica el Derecho.

---

una reforma constitucional. *La Jurisdicción Constitucional en Panamá*, Panamá, 2002, pág. 362.

(123) Cfr. José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Estudia con amplitud los argumentos a favor y en contra del instituto y las consecuencias de aceptarlo o rechazarlo («La inconstitucionalidad por omisión», *ob. cit.*, pág. 124 y sigs.).

(124) En Sudáfrica se promulgó en 1991 una ley modificada en 1996, que en su artículo 25 concedía al esposo o esposa de un residente permanente en Sudáfrica el derecho a obtener automáticamente un permiso de residencia. Los recurrentes impugnaron de inconstitucionalidad dicha ley porque la consideraban discriminatoria, ya que no cubría a los extranjeros que mantuvieran una relación homosexual. La Corte Constitucional estimó que el vocablo «esposo (a)» no incluía a la pareja homosexual y, como consecuencia, era discriminatoria para dicha pareja y violaba su dignidad e igualdad. Declaró la inconstitucionalidad del artículo citado y además lo complementó, incluyendo después del término «esposo (a)» las palabras «o pareja del mismo sexo en una relación estable».

## 17. CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS POR LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

Esta clasificación tiene importancia porque de la escogencia de uno u otro sistema puede depender su aceptación o rechazo por la doctrina, la jurisprudencia o el constituyente.

Los efectos de la sentencia determinan las líneas fundamentales de los sistemas de inconstitucionalidad por omisión. Podemos citar los sistemas siguientes: *a)* Sistema en el cual la sentencia se limitaría a hacerle una recomendación al legislador para que dicte la ley. Es aceptado porque no pone en riesgo la división de poderes. *b)* Sistema en el cual la sentencia ordenaría al legislativo dictar la ley, señalando o no plazo para hacerlo. Es más fuerte que el anterior y se ha considerado como una limitación a la facultad del legislativo de juzgar el fin, la oportunidad y la conveniencia de la ley, sobre todo con relación a las normas programáticas. *c)* Sistema en el cual la sentencia resuelve el caso concreto que provoca la omisión por inconstitucionalidad y recomienda al legislativo aprobar la ley. Este sistema es el más aceptable. *d)* Sistema en el cual la sentencia aprueba la normativa en forma provisional para regular la norma constitucional, mientras el legislativo acepta la recomendación de la sentencia y aprueba la ley. Se le critica porque viola la división de poderes.

## 18. RESPONSABILIDAD POR ACTOS LEGISLATIVOS Y POR LA OMISIÓN

Es conveniente advertir que en muchos países la aparición de la Constitución como ley suprema desplaza la soberanía de la ley por la soberanía de la Constitución. La ley ordinaria tiene que ajustarse a este cuerpo de normas. La ley no puede manifestar una voluntad ilimitada (se niega el carácter soberano a la ley). La contradicción entre la ley y la Constitución puede ser solucionada por el Poder Judicial ordinario o por un Tribunal Constitucional.

La supremacía de la Constitución y el sistema de control de su cumplimiento y el efecto retroactivo de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes, son instituciones jurídicas que destruyen el principio básico de la irresponsabilidad del Estado por actos legislativos (125).

---

(125) Existen otras razones teóricas que ayudan a la destrucción de la irresponsabilidad del Estado: el legislador deja de ser considerado como órgano de la sociedad y sus actos son de Estado; como consecuencia, el diputado deja de ser representante popular y se convierte en titular inmediato de un órgano estatal; el carácter general de la ley se quiebra en muchos casos.

Bajo estas condiciones se ha pensado fundar la responsabilidad en la culpa o ilicitud de la ley: si antes la ley delimitaba lo lícito e ilícito, ahora ella puede ser ilícita al entrar en conflicto con la Constitución. Esta teoría resulta forzada y ofrece graves inconvenientes.

El efecto retroactivo como método para poder reparar o compensar es efectivo, pero tiene sus inconvenientes. Hay que consagrar disposiciones regulatorias que permitan al juez o tribunal excluir ciertas situaciones.

La doctrina sostiene que la responsabilidad por actos legislativos no sólo se da cuando se viola la Constitución, sino también cuando no se viola. En nuestro sistema pueden tener aceptación ambas violaciones.

El tema en general es polémico y hasta las ideologías han intervenido; la izquierda defiende la inmunidad y la derecha la responsabilidad. Los tribunales tienen que proceder con mucha prudencia.

En nuestro sistema, el artículo 139 de la Constitución exige a los diputados de responsabilidad por sus opiniones y votos emitidos en la Asamblea Nacional. Esto los libera de toda responsabilidad civil por los efectos de las leyes que aprueben, pero el Estado sería en todo caso el responsable. Esta responsabilidad estatal por actos legislativos es de carácter extracontractual, y su prescripción sería la general de diez años, de acuerdo al artículo 905 del Código Civil, pues no se establece un plazo especial. El problema es muy complejo, y es poco probable que los tribunales de justicia se abran a una aceptación amplia de la responsabilidad del Estado por actos legislativos.

También la inconstitucionalidad por omisión produce responsabilidades y es una forma de inducir a no incurrir en ella.

El Estado será el responsable, de acuerdo con el artículo 131 de la Constitución, de las acciones u omisiones legislativas dañosas.

## 19. DERECHO COMPARADO

### A) INTRODUCCIÓN

No son muchas las Constituciones que consagran la figura de la inconstitucionalidad por omisión. Solamente la contemplan: la de la ex Yugoslavia, la de Argentina (destacándose la Provincia de Río Negro), Portugal, Brasil y Venezuela. En Europa solamente la contempla la Constitución de Portugal.

Muchos países de Europa y algunos de Latinoamérica la han introducido a través de su jurisprudencia, como veremos a continuación. En ésta existe una gran riqueza de ingenio, creatividad y avance que vale la pena expresar brevemente.

Sobre la ex Yugoslavia ya expusimos brevemente su sistema y su carácter de fuente de inspiración.

B) PORTUGAL

En Portugal, el artículo 279 de la Constitución de 1976 disponía inicialmente que cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podía recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable; pero fue reformado, limitando al Tribunal Constitucional a comunicarle al órgano legislativo la existencia de la inconstitucionalidad por omisión. Según parece el antecedente del sistema de Portugal es el de Yugoslavia, que consagraba este tipo de violación en el artículo 377 de la extinta Constitución de 1974.

El artículo 283 de la Constitución regula la acción de inconstitucionalidad. Dice: «A requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, con fundamento en una violación de los derechos de las regiones autónomas o de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales. En el supuesto de que el Tribunal Constitucional verificase la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente».

De la disposición transcrita se deduce que: la legitimación para entablar la acción le corresponde al Presidente de la República, al Defensor del Pueblo y cuando se violan los derechos de las regiones autónomas al Presidente de la Asamblea Legislativa regional; el órgano competente para conocer es el Tribunal Constitucional y el destinatario de la orden es el legislador, el cual recibe la comunicación de la inconstitucionalidad por omisión, lo que implica una recomendación de que los legisladores realicen los actos legislativos omitidos que impiden la realización de la norma constitucional.

C) ARGENTINA

Es importante señalar que la inconstitucionalidad por omisión cuenta con tradición en Argentina. Su jurisprudencia en un principio fue negativa, pero a partir de los casos *Siri y Kot*, las omisiones normativas fueron llenadas por la jurisprudencia.

La Constitución de la Provincia de Río Negro del 3 de junio de 1988, establece una acción por el incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios. Se tramita ante el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste declara procedente la acción, fija un plazo para que se subsane la omisión. Si no se hace el tribunal integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo

y de no ser posible esta resolución determinará el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

Por sentencia del 20 de noviembre de 1996, el Tribunal Superior de Justicia de Río Negro le fijó un plazo a la legislatura provincial para que dictara la ley reglamentaria del derecho de revocatoria popular de leyes, reconocido en los artículos 2 y 149 de la Constitución Provincial.

Posteriormente en la reforma de 1994 del artículo 43 de la Constitución Nacional se consagra la inconstitucionalidad por omisión a través del amparo. Así lo señalan Humberto QUIROGA LAVIÉ, Miguel Ángel BENEDETTI y María de las Nieves CENICACELAYA al expresar: «Un importante aporte de la reforma constitucional de 1994 es la inclusión en el nuevo artículo 43, párrafo 1.º *in fine* de la posibilidad de que en el trámite del amparo el juez declare la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto «u omisión lesiva». De esta forma, la vía judicial por excelencia para poner en funcionamiento el control de la inconstitucionalidad por omisión en la Argentina, es el amparo como género de tutela en cualquiera de sus especies (amparo propiamente dicho, *habeas data*, *habeas corpus*, acción declarativa de certeza, todos estudiados en contralor de constitucionalidad)» (126).

Para BIDART CAMPOS una interpretación razonable del artículo 43 encuentra sustento para que por medio de la acción de amparo se ataquen inconstitucionales de la norma en la que se funda la omisión (127).

El artículo 43 de la Constitución dispone: «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva».

La legitimación activa que contempla este artículo es amplia pues se le concede a «toda persona», pero sólo a la perjudicada, pues no es una acción popular. Con relación a los intereses colectivos la extiende al defensor del pueblo y las asociaciones que se dedican a promover tales fines.

#### D) VENEZUELA

La Constitución venezolana de 1999 en su artículo 236 establece el control constitucional de las leyes por omisión, de la cual conoce la Sala Cons-

---

(126) *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal-Culzone Editores, Argentina, 2001, T. I, pág. 564.

(127) *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. La Reforma Constitucional de 1994*, Ediar, Argentina, 1995, T. IV, pág. 315.

titucional. Dispone: «Artículo 336. 1. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal de Justicia... 7. Declarar la inconstitucionalidad del poder legislativo, municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección».

La disposición transcrita tiene el alcance siguiente: *a)* Contempla tanto la omisión total como parcial. *b)* Se refiere a la inconstitucionalidad omisiva de la potestad normativa del poder municipal, estatal o nacional. *c)* Las normas deben ser indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución. *d)* La Sala Constitucional del Tribunal de Justicia es la competente para conocer de esta acción. *e)* La Sala Constitucional puede establecer un plazo para que se dicte la normativa. *f)* La Sala también tienen la facultad de establecer los lineamientos para corregir la omisión si esto fuere necesario.

En la Exposición de Motivos se expresa el propósito de la institución: «por falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que impida su eficaz aplicación».

#### E) BRASIL

La Constitución de Brasil de 1988 contempla, en los artículos 5-LXXI y 103-2 la inconstitucionalidad por omisión que provenga de los tres poderes.

El artículo 103-2 le otorga legitimidad para entablar la acción de inconstitucionalidad por omisión al Presidente de la República, a la Mesa del Senado Federal, a la Mesa de la Cámara de Diputados y a la Mesa de la Asamblea Legislativa, al Gobernador Estatal, al Procurador General de la República, al Consejo Federal de la Orden de Abogados del Brasil, a los partidos políticos con representación parlamentaria nacional, a las confederaciones sindicales y a las entidades de clase con alcance nacional. Es una acción abstracta, directa y *a posteriori*. En el párrafo 2.º se señala el efecto de la sentencia, dice: «Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para tornar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las medidas necesarias y tratándose de un órgano administrativo para que lo haga en treinta días».

Las constituciones estatales de Río Grande do Sul, de Río de Janeiro y de Santa Catarina prevén la inconstitucionalidad por omisión, ajustándose así a la Constitución Federal.

F) COSTA RICA

La Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica contempla la inconstitucionalidad de la ley por omisión en el artículo 73, el cual en sus partes pertinentes dice: «a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional. b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de *habeas corpus* o de amparo... f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas». La doctrina y la jurisprudencia han respaldado esta institución (128).

G) MÉXICO

En México el juicio de amparo no cubre la omisión legislativa, sólo la de índole administrativa. Pero se encuentra establecida en el artículo 65 del Estado de Veracruz. La acción se interpone ante el Pleno del Tribunal Superior de Justicia y están legitimados el Gobernador del Estado o por lo menos una tercera parte del Ayuntamiento.

Cuando el tribunal declara con lugar la acción por omisión legislativa, el Congreso del Estado tiene de plazo dos periodos de sesiones ordinarias para aprobar la ley o decreto. Si se vence el plazo sin aprobar el propio tribunal deberá decretar las bases a las que deben sujetarse las autoridades hasta que se apruebe la ley o decreto.

El tribunal ordena llenar el vacío al Congreso del Estado y si no lo llena hará de legislador provisional hasta que se llene, lo que es criticado por sustituir al legislador y romper la división de poderes.

H) COLOMBIA

La Constitución colombiana no contempla la inconstitucionalidad por omisión, pero existe jurisprudencia que la acepta.

No obstante, en la acción de cumplimiento de la ley o acto administrativo, contemplada en el artículo 87 de la Constitución, se dispone que cuando se declara con lugar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente

---

(128) Para profundizar sobre el tema, véase: Rubén HERNÁNDEZ VALLE, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1995, pág. 34 y sigs. Magda Inés ROJAS, «Control de constitucionalidad por omisión», en *Revista de Derecho Constitucional*, San José, Costa Rica, núm. 2, mayo-agosto de 1991, pág. 9 y sigs.

el cumplimiento del deber omitido. No trata de la omisión inconstitucional de la ley.

La doctrina y la jurisprudencia (129) admiten la inconstitucionalidad por omisión legislativa. La acción para promover la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa es abstracta y popular.

#### I) ECUADOR Y PARAGUAY

Aunque no se expresan en términos idénticos, en las constituciones de ambos países, los derechos y garantías tienen aplicación directa y la ausencia de ley no puede ser pretexto para no aplicarlos. Los jueces y tribunales tienen amplios campos normativos y de decisión.

El artículo 18 de la Constitución de Ecuador de 5 de junio de 1998 en sus párrafos 1, 2 y 4 expresa:

«Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes serán directa e indirectamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales».

El artículo 45 de la Constitución del Paraguay expresa: «De los derechos y garantías no enunciados. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía».

---

(129) S. núm. C-543 del 16 de octubre de 1996. S. núm. C-956/99. S. núm. C-080/99. S. núm. C-007 del 2001. S. núm. C-1433 de 2000 y otros.

J) ESPAÑA

Ante la inexistencia de disposiciones expresas en el ordenamiento jurídico español, la jurisprudencia y la doctrina han salido a defender la inconstitucionalidad por omisión, con diversos alcances y argumentos.

El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad por omisión (130). Se vale de diferentes tipos de sentencias. La inserción de esta figura en el ordenamiento jurídico español es de creación jurisprudencial. El destacado constitucionalista español FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO expresa: «También en España, el Tribunal Constitucional ha recurrido a una serie de técnicas con las que ha enfrentado el problema de las omisiones legislativas: recomendaciones al legislador, sentencias aditivas, declaración de la inconstitucionalidad parcial de una norma por vulneración del principio de igualdad y sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad» (131).

PÉREZ ROYO (132) sostiene que en España no existe la inconstitucionalidad por omisión, porque la Constitución no señala límite al legislador para desarrollar el mandato del constituyente, le dejan no a su discrecionalidad, sino a su libertad absoluta la decisión legislativa que estime oportuna. No ve defensa frente a la omisión absoluta. Pero expresa que eso no quiere decir que el ciudadano quede inerte en caso que el legislador no actúe. Si la norma constitucional contiene un derecho directamente accionable, la ausencia de regulación no impide su ejercicio y aplicación. Por el contrario, si la norma constitucional contiene un derecho de configuración legal, no existe ningún mecanismo de protección para el mismo ante la inactividad del legislador.

Agrega que una cuestión distinta son las lagunas por omisión del legislador que tiene que ser integrada por el Tribunal y a partir de la decisión por el poder judicial.

No obstante, José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (133) entiende posible el planteamiento de utilizar el recurso de amparo para proteger las infracciones de los derechos y libertades por omisión de desarrollo legislativo en cuanto a que su regulación no excluye esa posibilidad. Cita como partidarios de la procedencia del amparo para resolver la omisión inconstitucional a AGUIAR DE LUQUE, AHUMADO RUIZ y FIGUERUELO BURRIEZA y advierte que el Tribunal Constitucional en alguna ocasión rechaza el amparo para decidir la omisión

---

(130) Sentencias: 24/1982, 72/1984, 98/1985 y 45/1989.

(131) *¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica? Inconstitucionalidad por omisión*. Coordinado por Víctor BAZÁN. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1997, pág. 22.

(132) *Inconstitucionalidad por omisión*. Temas Básicos de Derecho Constitucional, Civitas, Madrid, España, 2001. T. I, pág. 66 y sigs.

(133) «La inconstitucionalidad por omisión», *ob. cit.*, pág. 409.

legislativa y en otras la acepta para suplir la inactividad legislativa referida a determinados derechos.

#### K) ALEMANIA

La iniciación de los estudios y el desarrollo jurisprudencial de la inconstitucionalidad por omisión se produce en Alemania. Veamos cómo ha penetrado esta figura (134):

- a) El artículo 117, inciso 1 de la Ley Fundamental de 1949 de la República Federal Alemana le otorgó poder normativo a los jueces en el supuesto de omisión legislativa. Este artículo expresa que las disposiciones que se opondan al apartado 2 del artículo 3, que establece la igualdad de sexo, permanecerán en vigor, hasta su adaptación a la Constitución, pero en ningún caso más allá del 31 de marzo de 1953, por lo que todas las disposiciones contrarias a la igualdad entre hombres y mujeres serían modificadas hasta el 31 de marzo de 1953. El legislativo no hizo las reformas, por lo que el Tribunal Constitucional declaró que todas las leyes incompatibles con la regla quedaban sin efecto.
- b) El artículo 6, inciso 5 de la Ley Fundamental de Bonn establece que para los hijos ilegítimos, la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos. Después de veinte años de entrar en vigencia la Constitución no se legisló para lograr la señalada igualdad por lo que el Tribunal Constitucional Federal en sentencia número 26/1969, del 29 de enero, decidió que la materia constitucional era directamente aplicable con fuerza derogatoria de las disposiciones contrarias previstas en las leyes ordinarias y ordenó al legislador dictar la normativa establecida en el artículo constitucional citado anteriormente, en el curso de la legislatura del año de 1969, lo que así fue hecho.
- c) Por la reforma de 1970, de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, éste quedó habilitado para declarar la inconstitucionalidad sin nulidad de la ley porque el texto de ésta es constitucional, pero tiene omisiones o lagunas que deben ser llenadas por razones constitucionales.
- d) Otro tema desarrollado por la doctrina alemana son las normas de pronóstico que son aquellas promulgadas para reglamentar un manda-

---

(134) Cfr. Víctor BAZÁN, «Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de Derecho Comparado», en *En busca de las normas ausentes*, ob. cit., pág. 169 y sigs.

to constitucional, las cuales se encuentran desfasadas a causa de las circunstancias sobrevinientes, tornándose anacrónicas total o parcialmente. Se contempla la posibilidad de que la justicia constitucional controle la inactividad u omisión legislativa tendente a corregir o perfeccionar estas normas desfasadas, con mayor razón cuando resultan gravosas para hacer efectivos los derechos humanos.

- e) También el Tribunal Constitucional emplea las sentencias apelativas, las cuales consideran que todavía una situación es constitucional, pero apela al legislador para que realice una modificación o una nueva regulación, o que una disposición de la ley es todavía aceptable, pero exige una modificación, ya que los cambios han provocado una violación del principio de igualdad. Por ejemplo: procurar la igualdad entre hijos naturales y legítimos; la igualdad de trato en jubilaciones a categorías iguales.

#### L) AUSTRIA

No existe un instrumento procesal que atribuya específicamente al Tribunal Constitucional la facultad de conocer sobre las omisiones legislativas.

Sin embargo, en el artículo 140, párrafos 5 y 7 de la Constitución, le permite al Tribunal Constitucional dictar sentencias de anulación con efectos diferidos, mediante las cuales el Tribunal Constitucional establece un plazo no mayor de un año en el cual la inconstitucionalidad pierde sus efectos, la ley continúa aplicándose, mientras tanto el legislador debe modificarla poniéndola de acuerdo a la Constitución. Vencidos el plazo pierde su vigencia, a menos que se corrija su inconstitucionalidad. De esta manera el Tribunal Constitucional puede solucionar los problemas que se presentan cuando una ley solamente es inconstitucional, por lo que omite o por no incluir en la categoría de beneficiarios a todos los que clasifican en ella. También el Tribunal Constitucional se vale de las sentencias aditivas.

#### M) ITALIA

Los vacíos legales y las omisiones legislativas inconstitucionales son llenados respectivamente a través de la integración y las sentencias aditivas, sustitutivas y aditivas de principios.

Las sentencias aditivas de principio se usan actualmente para evitar roces con el parlamento y buscar un procedimiento de colaboración con el Tribunal Constitucional. Siguen la misma técnica de las aditivas, pero simplemente sienta un principio que debe materializarse por el legislador, pero que el juez debe aplicar una decisión del caso concreto.

## 20. NUESTRO SISTEMA

### A) INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico la ley inconstitucional se puede impugnar directamente ante la Corte Suprema de Justicia dentro de los sesenta días después de publicada o cuando se aplica dentro de un juicio o en el amparo. Del recurso de inconstitucionalidad de la ley conoce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Antes que un recurso se estima como una acción popular, abstracta y *a posteriori*.

El recurso directo de inconstitucionalidad sólo se da contra la ley promulgada y publicada. Cuando se aplica dentro de un proceso se puede pedir a lo largo del juicio que se aplique de preferencia la Constitución, lo que puede hacerse de oficio por el juez y desemboca finalmente en la casación.

En casación se abre la posibilidad de denunciar, de acuerdo a la causal primera de la casación en el fondo, la violación de la Constitución, ya sea en forma directa o indirecta, aunque la Corte Suprema ha reservado la causal segunda de la casación en el fondo para denunciar la violación indirecta de la Constitución por medio de ley inconstitucional. De este recurso conoce la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Con relación a la casación, parte de la doctrina y toda nuestra jurisprudencia han convertido en inoperante la causal primera de la casación en el fondo, que permite expresamente impugnar la sentencia por violación de la Constitución en forma indirecta o directa, esta última considerada muy difícil que prospere, por no decir imposibles. Se rechaza esta causal porque: solamente la violación a la Constitución puede ser invocada en forma indirecta a través de leyes inconstitucionales en la causal segunda de casación en el fondo a menos que sea violada directamente, sobrando la primera; existe duda muy arraigada sobre la posibilidad de aplicar en forma inmediata las normas constitucionales. Se olvidan que las constituciones modernas son muy extensas en su contenido, penetrando en todo el orden jurídico y sus normas tienen aplicación directa.

Esta doctrina deja sin ningún valor la causal primera de la casación en el fondo, pues repito, no funciona ni por violación directa ni indirecta de la Constitución con lo que se le cercena la cabeza de uno de los sistemas de control constitucional.

Hasta el mes de julio de 1996 no se conocían sentencias de la Corte Suprema que hayan declarado una inconstitucionalidad por violación directa fundada en la causal primera de fondo. Exige que el precepto constitucional hubiese sido infringido directa e inmediatamente y no mediante leyes o códigos secundarios (135). Para hacer este tipo de impugnación indirecta se

---

(135) S. 10 a.m. del 22 de febrero de 1966, B.J., pág. 41; S. 9:45 a.m. del 22 de febrero de 1967, B.J., pág. 41; S. 11 a.m. del 12 de mayo de 1967, B.J., pág. 75; S. 8:30

debe usar la causal segunda (136). Las impugnaciones fundadas en esta causal tampoco han prosperado. La Corte ha perdido muchas oportunidades de adecuar la legislación ordinaria a la Constitución, de acuerdo a las realidades consolidadas del país. En lo único que acertó es en reconocer la posibilidad de aplicar inmediatamente las normas constitucionales, aunque no lo hacía.

No obstante, en dos sentencias recientes aceptó la posibilidad de discutir bajo el amparo de la causal primera, violaciones a la Constitución a través de la aplicación de leyes o códigos ordinarios, y en una de ellas prosperó la impugnación (137). Pero en sentencia de fecha intermedia, entre las dos sentencias anteriormente citadas, regresó a la vieja doctrina aún más extrema al expresar que la casación fundada en la causal primera es raro que prospere, ya que también es raro que un precepto constitucional sufra infracción directa o inmediata, por ser las infracciones propias de las leyes que emanan de los preceptos constitucionales (138).

#### B) LA CASACIÓN EN EL FONDO

La Corte Suprema de Justicia, a través de la casación en el fondo, ha dictado varias sentencias que se refieren a la omisión.

El artículo 78 de la Constitución, en busca de protección a los hijos ilegítimos y llevarlos a un plano de igualdad con los legítimos, establece el derecho de investigar la paternidad y la maternidad, remitiendo a la ley su regulación. Por el contrario, el artículo 225 del Código Civil establece la prohibición de investigar la paternidad ilegítima excepto en tres casos. Por otra parte, el artículo 228 del mismo Código establece otras limitaciones. Es necesario reformar el Código para ponerlo a tono con la disposición constitucional y hacer más accesible el derecho de investigar la paternidad ilegítima.

La Corte Suprema de Justicia, aplicando el principio de la prohibición, ha mantenido el estrecho margen que concede el Derecho Civil para investigar la paternidad a pesar de que las constituciones de 1950 (139) y de 1987 (140)

---

a.m. del 5 de septiembre de 1967, B.J., pág. 175; S. 10:35 a.m. del 22 de diciembre de 1967, B.J., pág. 258; S. 8:30 a.m. del 13 de agosto de 1970, B.J., pág. 186; S. 9:45 a.m. del 15 de diciembre de 1971, B.J., pág. 242; S. 10 a.m. del 24 de febrero de 1972, B.J., pág. 14; S. 9:45 a.m. del 14 de marzo de 1972, B.J., pág. 39; S. 8:30 a.m. del 15 de agosto de 1972, B.J., pág. 190; S. 9 a.m. del 17 de junio de 1975, B.J., pág. 158; S. 11:40 a.m. del 28 de julio de 1975, B.J., pág. 187; S. 9 a.m. del 26 de junio de 1976, B.J., pág. 118.

(136) S. 8:30 a.m. del 17 de junio de 1971, B.J., pág. 137.

(137) S. 11 a.m. del 6 de junio de 1986, B.J., pág. 105. En esta sentencia no prosperó la impugnación. S. 10:00 a.m. del 2 de julio de 1996, B.J., pág. 188. En esta sentencia prosperó la impugnación declarando retroactivo un Decreto-ley.

(138) S. 10:45 a.m. del 8 de mayo de 1996, B.J., pág. 138.

(139) Artículos 80 y 81 de la Constitución.

(140) Artículo 78 de la Constitución.

abrieron la posibilidad de investigarla con mayor amplitud. Este Alto Tribunal ha expresado que:

- a) Los artículos 80 y 81 de la Constitución de 1950, que establecen en forma amplia el derecho de investigar la paternidad a favor de todos los ciudadanos, no son compatibles con las rígidas limitaciones de los artículos 225 y 228 del Código Civil, por lo que esperaban una nueva legislación de acuerdo con los avances modernos consignados en dichos artículos. Por tal razón le resultaba imposible dictar resoluciones de acuerdo con el espíritu de los preceptos constitucionales sobre la investigación de la paternidad. Pero como no se había dictado la ley reglamentaria de estos artículos, interpretó que la ley a que remitía el artículo 81, era al Código Civil, por lo cual decidió aplicar los artículos 225 y 228 de este cuerpo de leyes a pesar de que, de acuerdo con los artículos 233, 324, 335 de la Constitución y 194 del Código de Procedimiento Civil, los tribunales están obligados a acomodar sus decisiones preferentemente a los mandatos constitucionales (141). Rechaza la Corte el principio de la supremacía de la Constitución, la aplicación directa de ésta, el principio de igualdad y la doctrina generalmente admitida de que la interpretación de la legislación ordinaria debe de hacerse de acuerdo con la Constitución.
- b) El artículo 35 del Estatuto de Derechos y Garantías de los Nicaragüenses, que consagra el derecho de investigar la paternidad, no derogó las limitaciones del artículo 225 del Código Civil. El Estatuto Fundamental de la República y el Estatuto de Derechos y Garantías de los Nicaragüenses de la Revolución Sandinista hacían la función de la Constitución Política, por lo que debían prevalecer sobre las demás leyes de Nicaragua en toda su extensión. El citado artículo 35, establece el derecho de investigar la paternidad, sin remitir a ninguna ley, en completa contraposición, y en completo viraje, con el artículo 101 de la desechada Constitución de 1974, el cual supeditaba el derecho de investigar la paternidad a las leyes secundarias existentes aún, las cuales no eran otras que lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil y pertinentes. Con el artículo 35 se ha querido librar de las trabas del Código Civil de acuerdo con el espíritu y la letra del derecho originado en el proceso revolucionario que busca la más eficaz protección de los hijos con relación a los padres. No obstante, para garantía del ejercicio del Derecho revolucionario y evitar que el juzgador haga subrepticamente de legislador, se aplican los artículos 225 y 228 del Código Civil, que regulan suficientemen-

---

(141) S. 8 a.m. del 22 de noviembre de 1957, B.J., pág. 18730.

te la investigación de la paternidad, como una solución transitoria. El derecho de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 34 del Estatuto de Derechos y Garantías de los Nicaragüenses, no es aplicable a la investigación de la paternidad. Para garantía del ejercicio de los derechos emanados de la legislación revolucionaria, en tanto no se regulen adecuadamente los medios para el ejercicio de las acciones, se deben seguir aplicando los preceptos de la presente legislación no revolucionaria, concepto que debe aceptarse dada su racionalidad jurídica (142).

- c) Lo dispuesto en el artículo 78 de la Constitución vigente de 1987 no deroga el artículo 228 del Código Civil, porque no existe oposición entre ellos (143).

Todo lo expuesto plantea respectivamente al legislador y a la justicia constitucional dos problemas: la necesidad de aprobar una ley ordinaria que regule con mayor amplitud la investigación de la paternidad; mientras tanto los tribunales deben interpretar la ley ordinaria (144) de acuerdo con los valores y disposiciones constitucionales.

En el primer problema se observa una violación de la Constitución por la omisión de la Asamblea de dictar la ley ordinaria. La Asamblea debería aprobarla. En caso contrario, la Corte debe exhortar (lo que ya hizo) nuevamente, al conocer de casos concretos, a la Asamblea para que apruebe.

El segundo se puede resolver con lo que se llama «doctrina de la interpretación adecuada de la ley ordinaria a la Constitución». Las sentencias interpretativas que se dicten pueden ser estimatorias o desestimatorias. En virtud de la primera el Tribunal Constitucional evita declarar la inconstitucionalidad de toda la ley o disposición y se limita a declarar inconstitucional una de sus posibles interpretaciones. Es desestimatoria cuando no declara la inconstitucionalidad, interpretando la ley o disposición de acuerdo con la Constitución. La interpretación puede ser restrictiva o extensiva. Ésta es la solución que debe acoger la Corte Suprema al juzgar cada caso. Por ejemplo: permitir a los menores de edad la investigación de la paternidad aún en vida del padre; autorizar los medios de prueba que brinda el avance científico, siempre que aseguren la veracidad, etc.

Los artículos 225 y 228 del Código Civil no han sido derogados totalmente, pero sí fueron modificados en su estructura y alcance por el citado Estatuto y las dos últimas constituciones. Creo, pues, que los jueces y tribunales deben aplicar de preferencia el artículo 78 de la Constitución y ampliar las posibilidades de investigar la paternidad, con relación a las causales y los

(142) S. 11 a.m. del 6 de junio de 1986, B.J., pág. 105.

(143) Consulta de 1 de septiembre de 1987, B.J., pág. 418.

(144) Artículos 225 y 228 del Código Civil.

medios de prueba sin esperar las reformas del Código Civil para adecuar la ley ordinaria a la Constitución.

Los magistrados revolucionarios sandinistas renunciaron a la supremacía del Estatuto y de la Constitución revolucionarias. Renunciaron a la interpretación adecuada y al uso alternativo del Derecho.

### C) RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY Y DE AMPARO

El recurso de inconstitucionalidad de la ley (decreto o reglamento) sólo cabe contra la ley promulgada y publicada. Por tal razón se puede decir que no cabe el recurso de inconstitucionalidad por omisión de una ley que mandata aprobar una disposición constitucional porque no está contemplado expresamente por la Constitución (145). Creo que no podemos usar este recurso porque únicamente se concede contra ley vigente y no contra omisión de leyes. Pero se puede usar para impugnar la inconstitucionalidad por omisión parcial de una ley, por cuanto íntegramente entró en vigencia y ya tenemos el vehículo en que llevar el recurso.

Pero veamos si podemos, en nuestro país, usar el amparo para poder recurrir contra la omisión legislativa total o parcial. Con el amparo no se puede recurrir directamente contra una ley vigente por considerarla inconstitucional, ni contra su tramitación. Pero se puede alegar su inconstitucionalidad en este mismo amparo cuando se haya aplicado por una autoridad que no sea judicial (146).

De acuerdo con el artículo 188 de la Constitución, seguido por el artículo 23 de la Ley de Amparo, el amparo se concede contra toda disposición, acto o resolución y en general contra toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agentes de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política.

Cuando se denuncia la inconstitucionalidad por no aprobar una ley que mandata la Constitución, no recurrimos de una ley vigente porque no existe (147), recurrimos de la omisión en que ha incurrido el legislador al no dictarla e incumplir con el mandato constitucional, el cual debe citarse como violado. La omisión es el objeto del amparo. Por tal razón podríamos

---

(145) Como ya vimos con este argumento no se acepta en Panamá la inconstitucionalidad por omisión.

(146) Artículo 20 de la Ley de Amparo.

(147) Expresa BIDART CAMPOS: «Si es así, la norma superior que manda dictar esta norma inferior no es la norma en que se funda la omisión de no dictar tal norma inferior; tampoco la omisión absorbe su inconstitucionalidad de la norma a lo que se omite complementar, sino que la adquiere por sí misma, precisamente al no cumplir con la norma que tiene que desarrollar y que no desarrolla (*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, 1977, T. VI, pág. 316).

aplicar el amparo para recurrir por la omisión total o parcial de la ley, ya que las disposiciones citadas autorizan a recurrir contra las omisiones de cualquier autoridad, entre los que se encuentra la Asamblea Legislativa que viola la Constitución al no dictar la ley a que le obliga ésta.

Aunque no con estos razonamientos, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia número 90 de las 10:30 a.m. del 22 de abril de 1999, declaró con lugar el recurso de amparo por no aprobarse en tiempo el Proyecto de Presupuesto, que es una ley anual que obligatoriamente, de acuerdo con la Constitución, debe aprobar la Asamblea Nacional. Pero se negó a señalar plazo por la aprobación de la ley. El caso se presentó y resolvió así:

- a) El Proyecto de Presupuesto General de la República de 1999 fue presentado a la Asamblea Nacional en el mes de octubre de 1998. Pero en virtud de los desastres ocasionados por el huracán Mitch, se modificó dicho Presupuesto, modificación que fue presentada en el mes de febrero de 1999. Como consecuencia tenía que aplicarse dicho proyecto provisionalmente en el primer trimestre de 1999.
- b) Ante esta omisión de aprobar el presupuesto en tiempo (1998), el Procurador General de la República interpuso recurso de amparo contra la Asamblea Nacional ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Señaló como violado el principio constitucional de legalidad establecido en los artículos 32, 130, párrafo 1, y 183 de la Constitución, así como la Ley de Régimen Presupuestario.
- c) El Presidente de la Asamblea Nacional estuvo de acuerdo en que se dio una omisión al no aprobar el Presupuesto.
- d) La Sala señala en sus considerandos de la sentencia que el artículo 188 de la Constitución garantiza el recurso de amparo por omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución.
- e) Agrega que la Asamblea Nacional no cumplió con los mandatos establecidos en los artículos 113, 138, numeral 6, y 150, numeral 5, de la Constitución, que establecen la obligación constitucional de conocer, discutir y aprobar el proyecto de ley presentado por el Presidente de la República para su aprobación. Por tal razón debía declararse con lugar el amparo.
- f) El Procurador también pidió en su escrito de apersonamiento: i) Que se declarará la legalidad de los artículos de la Ley del Presupuesto hasta el momento aprobado por la Asamblea Nacional. ii) Que se conceda un término prudencial a la Asamblea Nacional para que discuta y apruebe el Proyecto de Presupuesto por haberse vencido el término del artículo 41 de la Ley del Régimen Presupuestario.

- iii) Que mientras no rija dicho término, autorizar al Ministerio de Hacienda para seguir operando con el Proyecto de Presupuesto.
- g) La Sala se pronunció en sus considerandos, a pesar de ser irregular la forma en que se pidió, en la forma siguiente: i) Que tales peticiones escapan de la órbita jurisdiccional de la Sala, ya que en ningún apartado de la Constitución Política ni de la Ley de Amparo se contemplan tales situaciones. ii) Con relación a la legalización de los artículos aprobados por la Asamblea Legislativa dijo que de acceder a ello estaría violando la Ley de Amparo que en su reforma del artículo 51, inciso 3, hecha en la Ley 205, establece que no cabe el recurso contra el proceso de formación de la ley, su promulgación y publicación. Que es un contrasentido considerar aprobados tres artículos de una ley que en su conjunto no ha sido aprobada, sancionada y publicada. iii) Con relación al término pedido, la Sala consideró que no tiene facultad legal para conceder términos prudenciales ni prorrogas automáticas a términos establecidos en las leyes, cuya atribución le corresponde a la Asamblea Nacional de acuerdo al artículo 138, inciso 1 de la Constitución, ni mucho menos autorizar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público seguir operando con el Anteproyecto del Presupuesto y sus reformas por tratarse de un funcionario del Poder Ejecutivo.
- h) La Sala en su parte resolutive dijo: i) Ha lugar al amparo por omisión, vuelvan las cosas al testado que tenían antes de la violación constitucional por la falta de aprobación de Proyecto de Presupuesto General de la República 1999. ii) Es obligación de la Asamblea Nacional cumplir con su atribución constitucional de conocer, discutir y aprobar el Proyecto de Presupuesto General de la República 1999, a efecto de que no persista el estado de violación constitucional actualmente existente. iii) No ha lugar a la solicitud de que se declare la legalidad de los artículos del Proyecto de Presupuesto de la República para el presente año, porque no hay amparo contra el proceso de formación de la ley. iv) No ha lugar a la solicitud que se conceda un término prudencial a la asamblea Nacional para que discuta y apruebe el Proyecto de Presupuesto General de la República 1999, por ser una facultad eminentemente legislativa. v) No ha lugar a la solicitud de autorizar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para seguir operando con el Anteproyecto de Presupuesto y sus reformas presentadas, por ser notoriamente improcedente. Acepta la omisión absoluta y no hay razón para que no acepte la parcial.

La proyección de la Constitución sobre el sistema jurídico es enorme, pues éste debe desarrollarse de acuerdo a ella, gran cantidad de leyes desa-

rollan disposiciones, principios y valores constitucionales. Por tal razón es fácil observar esa orientación constitucional de las normas jurídicas.

Citaremos algunas normas que desarrollan artículos constitucionales:

*a)* Los artículos 15 y siguientes de la Constitución que regulan la nacionalidad son desarrollados por la Ley de Nacionalidad promulgada el 30 de junio de 1992 y su reglamento y la Ley de Extranjería. *b)* La libertad individual establecida en el artículo 25 de la Constitución está garantizado por el *habeas corpus* consagrado en la Ley de Amparo. *c)* El respeto a la honra y la reputación establecida en el artículo 26 de la Constitución está garantizado en el Código Penal por el delito de injurias y calumnias. *d)* Las garantías del procesado (presunción de inocencia, juicio por jurado, etc.), establecidos en los artículos 33 y 34 de la Constitución están desarrollados por el Código Procesal Penal. *e)* La no retroactividad establecida en el artículo 37 de la Constitución aparece desarrollada en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil y el artículo 4 del Código Penal. *f)* El artículo 61 de la Constitución, que consagra la seguridad social, está desarrollado por varias leyes. *g)* Los derechos laborales establecidos en el artículo 80 y siguientes de la Constitución están desarrollados en el Código del Trabajo y otras leyes. *h)* La desaforación del Presidente y Vicepresidente de la República establecida en el artículo 130 de la Constitución es regulada por el Código de Procedimiento Penal. *i)* El juzgamiento sin dilaciones establecido en el artículo 34, inciso 2 de la Constitución, se desarrolla a través del juicio oral regulado por el Código de Procedimiento Penal. *j)* La Convención de la Niñez incorporada por el artículo 71 de la Constitución en parte es desarrollada por el Código de la Niñez y Adolescencia de 24 de mayo de 1998. *k)* La iniciativa popular de leyes establecidas en el artículo 140, inciso 4 de la Constitución está desarrollado en la Ley de Iniciativa Ciudadana de Leyes del 3 de octubre de 1997. *l)* La protección a los discapacitados consagrado en el artículo 56 de la Constitución se desarrolla en parte por la Ley de Prevención, Rehabilitación y Equiparación de Oportunidades para las Personas Discapacitadas de 27 de septiembre de 1995. *m)* El derecho a la salud establecido en el artículo 105 de la Constitución es desarrollado por la Ley General de Salud de 17 de mayo de 2002. *n)* El derecho al ambiente establecido en el artículo 60 de la Constitución se desarrolla en parte por la Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de 27 de marzo de 1996 y su reglamento de 14 de junio de 1999. *o)* La protección a los derechos de los consumidores establecida en el artículo 105, inciso 4 de la Constitución, es desarrollado por la Ley de Defensa a los Consumidores de 1 de noviembre de 1994 y su reglamento de 14 de junio de 1999. *p)* El patrimonio familiar establecido en el artículo 71 de la Constitución es desarrollado por la Ley del Patrimonio Familiar, de 21 de abril de 1959. *q)* El derecho de adopción establecido en el artículo 79 de la Constitución está desarrollado por la Ley de Adopción de 12 de

octubre de 1981. *r*) La Ley de Amparo cumple con el artículo 190 de la Constitución, que exige que dicha ley regule los recursos de inconstitucionalidad de la ley, decreto y reglamento, el recurso de amparo y de exhibición personal. *s*) El artículo 184 de la Constitución dispone que son constitucionales la Ley Electoral, la Ley de Emergencia y la Ley de Amparo que se dictaren, las cuales ya fueron aprobadas y entraron en vigencia. *t*) La Ley de Municipios se dictó en cumplimiento del artículo 177 de la Constitución. *u*) La Ley de Inversiones Extranjeras se dictó en cumplimiento del artículo 100 de la Constitución. *v*) La Ley de Carrera Docente de 10 de octubre de 1990 en cumplimiento del artículo 130, párrafo 7 de la Constitución. *w*) La Ley del Servicio Civil y la Carrera Administrativa de 5 de diciembre de 1989, y reforma de 19 de mayo de 1990 en cumplimiento del artículo 130, párrafo 7 de la Constitución.

En nuestra Constitución existen pues muchos mandatos legislativos, algunos de los cuales ya se han cumplido mediante la vigencia de la correspondiente ley.

Existen otros mandatos constitucionales a los que todavía no les ha llegado su tiempo. Por ejemplo: la participación popular en la administración de justicia (148) y el derecho de los trabajadores de participar en la administración de la empresa (149). Pero existen otros mandatos que ya están en mora de ser cumplidos. Ejemplos: la ley que regula la unión de hecho entre hombre y mujer (150), las reformas para ser efectiva la igualdad de los hijos legítimos e ilegítimos (151), las reformas para regular con más amplitud la investigación de la paternidad (152). Además no debemos olvidar el mandato constitucional de aprobar anualmente el Presupuesto de la República.

Si el mandato encierra un derecho ejercitable inmediatamente no surge el problema de la omisión inconstitucional.

Peter HÄBERLE expresa sobre los mandatos constitucionales: «La actividad del legislador puede concebirse como procesamiento permanente del cambio social en el tiempo y ofrece una variedad de procedimientos y técnicas pertinentes. En la primera época de la LF se intentaba “cumplir” los mandatos constitucionales, abiertos (u ocultos), por ejemplo, sobre la igualdad de los sexos (art. 3.º, inciso 2, de la LF), de los hijos nacidos fuera de matrimonio (art. 6.º, inciso 5 de la LF) o sobre la democracia interna de los partidos (art. 21, inciso 1, frase 3, de la LF) (cfr. también los arts. 95, inciso 3, y 117, inciso 2, de la LF)» (153).

---

(148) Artículo 166 de la Constitución.

(149) Artículo 81 de la Constitución.

(150) Artículo 79 de la Constitución.

(151) Artículo 75 de la Constitución.

(152) Artículo 78 de la Constitución.

(153) *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, págs. 63 y 64.

## 21. FUTURO DE LA INSTITUCIÓN

El futuro de una institución depende del grado de penetración en la sociedad y de su fortaleza en el cumplimiento de sus fines.

Sin estas condiciones, cualquier figura o institución legal cae en disfunción o en desuso, lo cual termina en un fracaso.

Pero estamos partiendo de que ya se encuentra consagrada en las constituciones y en funcionamiento. Pero la realidad es que la inconstitucionalidad por omisión es una institución que recientemente se incorpora (fines del siglo XX) en las Constituciones, como asimismo es reciente su creación jurisprudencial. Es una institución en experimentación.

No son muchos los países que la regulan expresamente, como también los que en su jurisprudencia la aceptan. Por otra parte, la doctrina no le ha dedicado mucho tiempo y espacio para lograr su penetración.

Uno de sus obstáculos, además de la falta de información de los constituyentes y tribunales, es la falsa creencia de que se viola la división de poderes y se limitan las facultades del poder legislativo, aunque la sentencia se limite a solucionar el caso concreto y a recomendar al legislador la regulación urgente del mandato constitucional. Se enfrenta la teoría de la división de poderes con el principio de la superioridad de la Constitución y su ineludible cumplimiento (154). No creo que exista tal enfrentamiento, pues con la figura en estudio, limitando la sentencia en los términos indicados, lo que se logra es un balance y contrapeso entre los poderes, un sistema efectivo de control (155) y el cumplimiento de la Constitución, la máxima ley de la República.

Por otra parte, la teoría de división de poderes, revisada y hasta rechazada por algunos autores, todavía es mantenida con modificaciones por su utilidad y difícil sustitución. Una de sus modificaciones es la presencia de los Tribunales Constitucionales, en algunos países separados del poder judicial, los que tienen funciones normativas de carácter negativo y positivo, sin que lleguen a sustituir al legislador, por lo que se ha creído que constituyen un poder político (156).

La lucha debe principiar por incorporarla a las Constituciones y después velar por su cumplimiento.

Creo en su futuro, principalmente en Latinoamérica, por las razones siguientes: a) El principio de la supremacía de la Constitución no puede per-

---

(154) Es preciso advertir que no sólo el principio de la división de poderes y otros argumentos se oponen a esta institución. Los diputados y constituyentistas son fuertes opositores.

(155) Para profundizar sobre los controles del poder, véase una de las obras más importantes sobre este tema del destacado constitucionalista Diego VALADÉS, *El control del poder*, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.

(156) Cfr. José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La inconstitucionalidad por omisión», *ob. cit.*, pág. 171 y sigs.

mitir que se le defienda solamente ante violaciones producidas por acción no contra infracciones por omisión, con las cuales no pocas veces se le trasgrede y se burla de ella, y se llega a la mutarla. *b)* El juez en la sociedad moderna es una figura central en el Derecho, que cada día adquiera más poder y beligerancia, por su sentencia razonada, su neutralidad y las garantías en los procesos en que interviene. *c)* El activismo de la justicia constitucional viene a llenar la inactividad e inoportunidad de los parlamentos, muy criticados en la actualidad. No puede permitir que la Constitución sea una mentira, solamente efectiva en el papel, sin valor normativo efectivo en la realidad. *d)* La inconstitucionalidad por omisión es un instrumento de defensa de las minorías, que funciona mejor en nuestros países latinoamericanos que la iniciativa popular de ley, la cual no funciona bien, y que en nuestro país nunca se ha usado a pesar de estar regulada y reglamentada. *e)* La inconstitucionalidad por omisión es un valioso instrumento para el desarrollo de los derechos sociales, aunque para algunos autores no son considerados como verdaderos derechos subjetivos exigibles judicialmente si no están desarrollados en la ley ordinaria (157).

RESUMEN

SILENCIO

*Por lo general, en el Derecho las acciones, actos y situaciones jurídicas positivas son las que producen efectos jurídicos, pero en ciertas circunstancias también la omisión y el silencio pueden producir esos efectos, unas veces en contra y otras a favor de quien lo guarda. Los efectos jurídicos del silencio se presentan en todas las ramas del Derecho. En este trabajo se estudia el valor jurídico del silencio en materia civil, procesal, administrativa y constitucional. Una buena parte de la obra se dedica al silencio constitucional, que se manifiesta principalmente cuando el Legislativo no dicta una ley que la Constitución mandata a dictar (inconstitucionalidad por omisión;*

ABSTRACT

SILENCE

*Generally speaking, in the law, positive legal situations, acts and actions are those situations, acts and actions that have legal effects; but in certain circumstances omission and silence can have legal effects as well, sometimes against and sometimes in favour of the omitting or silent person. The legal effects of silence appear in all branches of the law. This paper studies the legal value of silence in civil, procedural, administrative and constitutional law. A considerable portion of the paper deals with constitutional silence, which is manifested primarily when the legislative branch fails to issue a law that is its constitutional mandate to issue (unconstitutionality by*

---

(157) Cfr. Víctor ABRAMOVICH y Cristian COURTIS, «Los derechos sociales como derechos exigibles», *ob. cit.* Gustavo LINARES BEREZO, «Derechos prestacionales y separación de poderes», en *Constitucionalismo hoy*. Obra colectiva. Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, Venezuela, 2000, pág. 413 y sigs.

*por ejemplo, la falta de regulación de la unión de hecho estable, art. 72 de la Constitución). A este respecto, se hace un amplio estudio de la figura del silencio constitucional en diversos países de América Latina y Europa, y se explica el modo en que se aborda este problema en el sistema de justicia constitucional nicaragüense. Concluye el trabajo con una reflexión sobre el futuro de la institución estudiada.*

*omission; for example, failure to regulate stable de facto unions, Spanish Constitution, article 72). In this respect, a wide-ranging study is made of constitutional silence in various countries of Latin America and Europe, and an explanation is given of how this problem is addressed in the Nicaraguan system of constitutional justice. The paper concludes with a reflection on the future of the institution in question.*

*(Trabajo recibido el 14-08-08 y aceptado para su publicación el 29-05-09)*



# El Registrador Público en el Sistema Registral peruano (1)

por  
GILBERTO MENDOZA DEL MAESTRO

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN.

#### 1. LA FUNCIÓN PÚBLICA:

- 1.1. IDEAS PRELIMINARES.
- 1.2. DEFINICIÓN.
- 1.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS:
  - 1.3.1. *Alemania.*
  - 1.3.2. *Francia.*
  - 1.3.3. *Italia.*
  - 1.3.4. *España*
  - 1.3.5. *Gran Bretaña.*
  - 1.3.6. *Estados Unidos.*

#### 1.4. SISTEMAS:

- 1.4.1. *Modelo anglosajón.*
- 1.4.2. *Modelo europeo continental.*

#### 2. EL FUNCIONARIO PÚBLICO:

- 2.1. IDEAS PRELIMINARES.
- 2.2. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO:
  - 2.2.1. *Distinción con otros agentes.*

---

(1) GILBERTO MENDOZA DEL MAESTRO. Abogado y Adjunto de Docencia de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro fundador de la Asociación de Estudios de Derecho Privado-AEDP. Director de la Revista Electrónica de Derecho Registral y Notarial «El Visir».

A don Luis Alberto ALIAGA HUARIPATA por su apoyo en mis investigaciones en materia registral.

- 2.3. EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO:
  - 2.3.1. *Vínculo entre el funcionario y la Administración Pública.*
  - 2.3.2. *Continúa.*
- 2.4. EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL PERÚ:
  - 2.4.1. *Exégesis normativa:*
    - 2.4.1.1. Regulación constitucional.
    - 2.4.1.2. Regulación infraconstitucional.
3. EL REGISTRADOR PÚBLICO:
  - 3.1. IDEAS GENERALES:
    - 3.1.1. *El Registrador Público: Perspectiva antropológica.*
  - 3.2. EL REGISTRADOR PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO:
    - 3.2.1. *Alemania.*
    - 3.2.2. *España.*
  - 3.3. EL REGISTRADOR PÚBLICO EN EL PERÚ:
    - 3.3.1. *Antecedentes legislativos de los Registros Públicos en el Perú y de los Registradores Públicos.*
    - 3.3.2. *Ley 26366 y la SUNARP.*
    - 3.3.3. *El marco legal de los Registradores.*
    - 3.3.4. *Autonomía e independencia por parte de los Registradores. Conclusiones.*

## INTRODUCCIÓN

Hace más de dos siglos se dieron cambios sustanciales que configuraron lo que hoy denominamos Administración Pública, y que —en líneas generales— permanecieron en el tiempo como modelos a tomar en cuenta. Así pues, si bien cada ordenamiento tuvo —y tiene— sus particularidades, existieron modelos que se adoptaron —como, por ejemplo, en Francia con Napoleón o en Prusia con Federico Guillermo I—, los cuales han influido en los sistemas administrativos vigentes en la actualidad.

Toda vez que debemos tomar en cuenta el contexto en que se desarrolla cada institución, a fin de tener un mejor acercamiento a la figura en estudio, partiremos por conocer el estado de la cuestión del tipo de *estado*, en el cual nos encontramos, a efectos de situarnos mejor en nuestra realidad.

De la revisión de los artículos 3 (2) y 43 (3) de nuestra Constitución Política se desprende que nuestro país es un Estado Social y Democrático de

---

(2) Artículo 3. Derechos Constitucionales. *Numerus Apertus. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.*

(3) Artículo 43. Estado democrático de derecho. Forma de Gobierno. *La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible.*

Derecho, dejando de lado aquella concepción de un Estado Liberal de Derecho. El tránsito de uno a otro modelo —tal como lo señala el Tribunal Constitucional— no es sólo una cuestión terminológica, sino que comporta el redimensionamiento de la función del propio Estado.

Para lograr dicho redimensionamiento, hubo un cambio fundamental que dio origen al Estado Liberal, el cual mediante dos revoluciones: la francesa y norteamericana, cambiaron la concepción de la época reconociendo la libertad de las personas en contraste con lo sucedido durante el régimen absolutista-monárquico.

No obstante esto, dicho Estado si bien fue reconocido en sus inicios por la carga ideológica que tenía, luego de algún tiempo fue cuestionado por las exigencias de un panorama más complejo en las relaciones intersubjetivas producto de la industrialización. Asimismo, el Estado liberal no satisfacía plenamente la exigencia de la sociedad, toda vez que sólo aseguraba una mera igualdad formal que no trascendía al nivel social.

Por esto, en busca de la igualdad en sentido «material» en la sociedad junto con los mecanismos que coadyuven a ésta, se propone otro tipo de Estado. En ese línea, se señala que si bien los valores básicos del Estado liberal eran, la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación, en todo ámbito, de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal, también lo es que: «(...) *el Estado social democrático y libre no sólo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro*» (4).

En ese sentido el Tribunal Constitucional (5) señaló que el Estado Social y Democrático de Derecho es una construcción complementaria del Estado Liberal de Derecho, dado que: «*la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social (...)*».

---

*Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.*

(4) Fundamento §1 de la sentencia del expediente 0048-2004-PI/TC del Tribunal Constitucional.

(5) (STC 0008-2003-AI, Fundamento núm. 12).

Por lo que, si juntamos la supremacía de un texto constitucional, el control y la limitación del poder (6), y, el respeto y tutela de los derechos fundamentales (7), estamos frente al denominado Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido, HÁBERLE señala que: «*El Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológica-cultural por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones entonces para caracterizar elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta*» (8).

Tal como lo señalamos, este modelo de Estado tiene como característica la supremacía constitucional, dado que todas las normas no pueden estar al mismo nivel, son parte de una norma fundamental que da validez a las demás y que prevalece sobre las otras, esta norma es la constitucional. Asimismo, las características del control y la limitación del poder se refieren al respeto que impone la Ley, entendida como norma que acoge la voluntad general y no los requerimientos individuales. Esto conlleva al sometimiento del ejercicio del poder a reglas preestablecidas para la actuación estatal, lo cual quiere decir que toda conducta del Estado debe ampararse en la ley, lo que se ha denominado, principio de legalidad (9).

---

(6) Una forma de limitación es la ya clásica división de poderes, la cual según LOEWENSTEIN: «*Lo que en realidad significa la así llamada “separación de poderes”, no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones —el problema técnico de la división del trabajo— y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el telos ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de “poderes”, pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa*». LOEWENSTEIN, Karl, «Una antigua teoría: la separación de poderes», en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; LANDA ARROYO, César, y RUBIO CORREA, Marcial, *Derecho Constitucional General. Selección de lecturas de Derecho Constitucional*. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1995, pág. 18.

(7) Adoptamos dicha denominación, toda vez que nos parece más amplia y más flexible que utilizar la expresión derechos humanos, derechos naturales o derechos morales. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, 1999, págs. 36-38. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Lima: Ara Editores, 2001, pág. 73 y sigs.

(8) HÁBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, México, UNAM, 2001, pág. 3.

(9) El principio de legalidad: «(...) *Es, con toda claridad, una consecuencia del dogma rousseauiano de la voluntad general, en virtud del cual no se aceptan ya poderes personales (...)*». GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, Editorial Civitas, 1983, pág. 14.

De igual manera, es importante enfatizar que este tipo de Estado busca garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales (10), consagrándolos en una norma jurídica, previniendo su perturbación o privación, y creando mecanismos de tutela que protejan los mismos.

En conclusión, si bien por siglos se padeció la impronta de un legalismo formal, hace ya varios años ha salido a la luz un nuevo modelo, que no es producto de cambio meramente nominal, sino que adoptando el precedente lo humaniza, llenándolo de valores y principios de los cuales cualquier interprete debe partir.

En este marco debe estudiarse actualmente la Administración Pública (11) tanto como institución como en sus manifestaciones, toda vez que —a diferencia de su configuración en regímenes monárquicos— su competencia es reglada, debiendo respetar las normas preestablecidas y sobretodo, los principios que informan el estado constitucional.

De otro lado, para entender mejor a la Administración Pública debe tomarse en cuenta la organización humana en la que se sostiene. Dicha idea es la que genera este texto, en el cual —de manera sucinta— pretendemos revisar desde el punto de vista jurídico a aquellos sujetos que despliegan labores dentro de la administración, las cuales son por demás diversas, teniendo como comensal privilegiado del presente texto al funcionario —Registrador Público—.

Es menester dar cuenta que cuando se habla de funcionarios públicos no hay univocidad de término ni doctrinaria ni legislativamente en nuestro país. Muestra de ello son las normas —dispersas— que informan nuestro ordenamiento, las cuales carecen de una técnica depurada, lo cual conlleva a la dificultad en su interpretación por la ambigüedad de las mismas (12).

---

(10) Artículo 1. Defensa de la persona humana. *La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.*

(11) Pero no debe tomarse dicho modelo como definitivo, sino como parte de un desarrollo que está en evolución. «¿Se ha cumplido la evolución? Evidentemente no. En realidad, no terminará jamás. La evolución social es una cosa infinitamente compleja y que se prolonga indefinidamente; ahora bien, el Derecho no es en realidad más que la especie en armadura que reviste esta evolución. Nuestros padres habían creído que el sistema jurídico metafísico, individualista y subjetivista era definitivo e inmutable. No caigamos en un error análogo. El sistema jurídico, realista, socialista y objetivista es la obra de un día en la historia. Antes aún de que su construcción se termine, el observador atento percibirá los primeros signos de la destrucción y los primeros elementos de un nuevo sistema. ¡Felices nuestros hijos si saben librarse mejor que nosotros de los dogmas y de los prejuicios!» DUGUIT, León, *Las transformaciones del Derecho. Público y Privado* (traducción por Adolfo G. Posada, Ramón Jaén y Carlos G. Posada). Buenos Aires: Heliasa S. R. L., 1975, pág. 168.

(12) Nuestro objetivo en el presente texto no está ligado a la búsqueda de la dogmática de términos, dado que las esencias no se encuentran en las palabras utilizadas, sino en que cada concepto importa una idea de diferentes matices, los cuales conllevan a distinta regulación, por lo que el empleo adecuado de los mismos implicarán un mejor entendimiento y una aplicación más eficaz de la norma.

Por tanto, el presente texto abordará, en primer lugar, el tema de la función pública, remontándonos a los antecedentes en el Derecho Comparado. En un segundo momento se introducirá el tema de los funcionarios públicos, diferenciándolos, doctrinal y legislativamente, de otras figuras dentro de la Administración Pública, buscando establecer —luego— el tipo de vínculo que se configura entre ésta y aquéllos.

Dicha opción de desarrollar dichos temas en dos momentos separados es en función de la caracterización que hace LABAND de la condición de funcionario, diferenciando *función (Amt)* del *funcionario (Beamter)*. La primera es más amplia que la segunda, toda vez que hay funciones ejercidas por funcionarios y no funcionarios (13), así como puede existir función pública sin funcionario, pero, en cambio, no puede existir funcionario público sin función pública.

Una vez abordados ambos temas, se dará una descripción de la ubicación de los registros en nuestro ordenamiento, para luego examinar al registrador en el Derecho Comparado, los antecedentes en el Perú y su actual regulación, señalando sus características particulares y el tipo de vínculo que tiene con la institución.

Este planteamiento lo consideramos necesario, toda vez que si bien la función registral en el ordenamiento peruano ha recibido la influencia de diversos países, se ha ido recreando en el devenir histórico con experiencias propias, las cuales hacen de este un sistema particular. Es por esta razón que si bien hemos adoptado gran influencia de la Ley Hipotecaria española la ubicación del cuerpo de registradores, el régimen de responsabilidad, entre otros; son totalmente distintos al nuestro.

## 1. LA FUNCIÓN PÚBLICA

### 1.1. IDEAS PRELIMINARES

La división de poderes fue producto de un proceso, el cual recorre Europa después del Renacimiento, con regímenes «policías» de una monarquía —en muchos casos despótica y arbitraria— y con Tribunales de Justicia limitados respecto a la fiscalización de la actuación de los gobernantes.

La revolución francesa interioriza la llamada división de poderes —a propósito del *L'Esprit des lois* de Montesquieu— difundiendo la idea de separación de funciones a órganos exclusivos (14). El poder ejecutivo y el

---

(13) LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, Civitas, 1994, pág. 40.

(14) Aunque dicha idea fue revolucionaria, nunca pudo ser plasmada con rigurosidad: «En efecto, la Administración Pública, en sentido objetivo, o actividad administrativa, es

judicial asumen competencias que antes eran propias del monarca absoluto, en cambio, el poder ejecutivo se forma a partir de las competencias que no han sido asignadas a los poderes antes mencionados.

Esta estructura, de la cual somos tributarios, tiene a Francia y Alemania como modelos de la administración, desarrollando funciones públicas delegadas, las cuales buscan satisfacer el interés particular —de los administrados— y general —de la sociedad en su conjunto—.

Siendo esto así, debemos enfocar a la función pública como elemento esencial de la administración, la cual —en una sociedad más compleja y sofisticada— requiere estar preparada para satisfacer el interés general. En ese sentido: ¿Qué es la función pública? ¿Cómo se formó? Son algunas de las dudas que a continuación pretendemos absolver.

## 1.2. DEFINICIÓN

Etimológicamente, función proviene del latín *functio*, *-ōnis* (15), la cual es definida como la capacidad de actuar propia de los seres vivos y de sus órganos, y de las máquinas o instrumentos. Una segunda acepción se refiere a aquella tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas. Otros entienden a la función como un derecho conferido o un deber impuesto por la ley a una o varias personas para contribuir a la ejecución y aplicación de la ley (16).

Ahora bien, función pública, algunos la definen a partir del ejercicio de una potestad genérica y abstracta entendida como expresión de la esfera de competencia específica del Estado, que dimana de su carácter de persona soberana (17), lo cual deriva en su carácter de permanencia (18).

---

*necesariamente una zona de la actividad desplegado, por el Poder Ejecutivo. Como esta actividad —conforme antes se dijo— se exterioriza sustancialmente en actos de ejecución, pero también en actos de legislación (reglamentos) y de jurisdicción, aparece la actividad administrativa como no homogénea; de donde se justifica que la única forma de reconducirla a unidad venga dada por la consideración del poder estatal de que emana (...).* GARRIDO FALLA, Fernando, «La Administración Pública como objeto de ciencias jurídicas y no jurídicas», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 23, mayo-agosto de 1957, pág. 20.

(15) Real Academia de la Lengua. Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo segunda edición. <http://buscon.rae.es/draeI/> visitada el 17-1-2008.

(16) GOODNOW, Francisco J., *Derecho Administrativo Comparado*, Madrid, La España Moderna, Tomo II, pág. 7.

(17) POSE, Guillermo, *Régimen Jurídico de la Función Pública*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985, pág. 13.

(18) En este sentido, debe precisarse que lo permanente es la función y no el goce del empleo, es decir, el funcionario si bien es importante, no es determinante para la existencia de la función. JEZE, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo II, Vol. 1. La noción de servicio público. Los agentes de la Administración Pública

Otros, con la misma idea del ejercicio del poder-potestad, la definen incluyendo al elemento subjetivo: «*El concepto de función pública se refiere justamente al Estado y sus servidores y entre ellos los que prestan sus servicios a la rama ejecutiva del poder público, regidos por un estatuto diferenciado del que se aplica en el ámbito laboral, como debe de ser, en razón de que el servidor estatal participa en el ejercicio del poder público. Y por lo mismo, a dicho estatuto se le da respaldo constitucional*» (19).

Normas internacionales como la Convención Interamericana contra la Corrupción (20) define a la *Función pública*, como toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (21). En cambio, la Carta Iberoamericana de la Función Pública (22) define el concepto a partir de lo que considera sus elementos, los arreglos institucionales y las personas: Artículo 2: «*La función pública está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran éste en una realidad nacional determinada. Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una Administración Pública profesional y eficaz, al servicio del interés general. En el ámbito público, las finalidades de un sistema de gestión del empleo y los recursos humanos deben compatibilizar los objetivos de eficacia y eficiencia con los requerimientos de igualdad, mérito e imparcialidad que son propios de administraciones profesionales en contextos democráticos*» (las redondas y énfasis son nuestros).

Por tanto, a efectos de nuestra investigación adoptamos como concepto de función pública aquella *potestad abstracta que otorga el estado para el ejercicio de sus agentes, a fin de lograr desplegar las actividades propias de la administración a fin de satisfacer el interés general.*

---

(traducción directa de la tercera edición francesa: *Les principes généraux du droit administratif*. París, Ed. Marcel Girad, 1930, por Julio N. San Millán Almagro), Buenos Aires, Ed. Depalma, 1949, pág. 258.

(19) SARRIÁ, Consuelo, «Profesionalización de la Función Pública en Colombia», en *La profesionalización de la Función Pública en Iberoamérica*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, pág. 104.

(20) <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html> visitado el 7-2-2008.

(21) En el Perú la Ley número 27815: «Ley del Código de Ética de la Función Pública» define en su artículo 2 a la función pública como «*toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos*».

(22) <http://www.clad.org.ve/cartaibero.pdf> visitada el 7-2-2008.

### 1.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Tal como lo esbozamos líneas atrás, es difícil entender la idea de la función pública desligada del concepto de Estado, dado que la evolución del mismo ha ido ampliando o restringiendo derechos de los particulares. En un Estado constitucional, entre otras cosas —tal como lo adelantamos—, se busca proteger los derechos fundamentales, por lo que tiene un juicio valorativo negativo —incluso— de aquellos actos administrativos (23) que los vulneran, ofreciendo el ordenamiento diferentes remedios a fin de tutelar a los individuos.

Esto sería impensable en otros tipos de regímenes, por lo que —a modo de ejemplo— la denominada teoría política de la vinculación del funcionario con el Estado, o incluso, el régimen estatutario tuvieron un contexto social en el cual surgieron y se desarrollaron, lo cual no necesariamente es igual en nuestros tiempos. Por tanto, para la pervivencia de los mismos debe partirse por reenfoarlos a partir de la opción adoptada por nuestra carta magna.

Es así, que la revisión panorámica que pretendemos realizar tiene como objetivo entender el contexto y las razones que hicieron que diversos países configuraran de tal manera su Administración Pública, siendo para nosotros un antecedente importante las ideas que se divulgaron con la revolución francesa, la cual fue referencia de lo que entendemos ahora por función pública y funcionario público.

No obstante esto, no debemos olvidar que en la antigüedad existieron civilizaciones (asiáticas, americanas, entre otras) que realizaron labores como el cálculo de las crecidas anuales (v.g., Egipto), el establecimiento de la periodicidad de las cosechas (v.g., Incas y Mayas), la realización de grandes obras, entre otras; las cuales debieron tener una organización compleja para poder llevarse a cabo.

En estas labores podemos encontrar vestigios de un grupo de personas que con cierta calificación en función de habilidades, conocimiento o por mera discreción «funcionarios» conformaban —sin caer en anacronismos— una probable «burocracia» (24) que se vinculaba junto con los sacerdotes a cargos que eran delegados por el Rey, Faraón, Inca u otro gobernante para que administraran de la mejor manera a la civilización respectiva.

La revisión, el contexto y las peculiaridades de los países a investigar, sus problemas y soluciones, son materia de estudio con perspectiva dirigida a la

---

(23) JORDANO FRAGA, Jesús, *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 1997, pág. 52.

(24) (...) *El funcionario tuvo en la antigüedad un carácter sacerdotal y guerrero, aun en las denominadas democracias, como la República griega, donde la respuesta del dado, de la piedra preciosa y de la urna utilizada para elegirlo se consideró como la más segura manifestación de la voluntad divina.* (...) MARÍA DÍEZ, Manuel, *Derecho Administrativo*, III. Buenos Aires, Plus ultra, 2.ª ed., 1974, 488.

revisión de nuestro ordenamiento, lo cual permitirá un mejor entendimiento del tema.

### 1.3.1. Alemania

Antes de formarse el imperio alemán, Prusia (25) —bajo los reinados de Federico Guillermo I y Federico II— reformó su ineficiente administración, producto de la pobreza, desorden, difuso y corrupto sistema (26). A esto se agregan las contradicciones entre principios políticos que rigieron en el sistema, el monárquico y el democrático, creando inestabilidad jurídica y social, la cual encuentra solución luego de un lento proceso histórico en el que —al final— predominan los principios democráticos.

En ese sentido, durante el despotismo, se organizó el sistema prusiano-alemán con una administración estructurada de arriba a abajo. En palabras de NIETO: «*La Administración es un servicio del rey, a través de la cual se ejercita su autoridad sobre el pueblo, formado por súbditos, más bien que por ciudadanos*» (27).

Se promulgó para los funcionarios el *Allgemeine Landrecht* de 1794 (28), la cual dotó de estatuto a la función pública, filtrándose sus líneas directrices en la legislación del posterior imperio alemán.

Toda vez que la concepción de organización administrativa estaba basada en la figura del Monarca (29), se formaron grupos de especialistas en relación

---

(25) Prusia es considerado como el primer sistema administrativo de corte moderno de Europa (siglos XVII y XVIII).

(26) Propuestas doctrinarias dieron sustento al cambio, debiendo señalarse a LABAND —y luego MAYER amplía los alcances— como destacado de lo que se llamó *relación de sujeción especial* que existe de los súbditos respecto al monarca.

(27) NIETO, Alejandro, «El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemana», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 32, mayo-agosto de 1960, pág. 77. Los funcionarios eran llamados servidores del Rey y éste se consideraba, a su vez, como «el primer servidor del Estado», colocándose a la cabeza de todos los servidores del Estado, cuyo poder ejerció con despótica autoridad. ÁLVAREZ RICO, Manuel, y GONZÁLEZ-HABA GUIZADO, Vicente M.<sup>a</sup>, *Administración y función pública en España*, Madrid, Prodhifi, 1992, págs. 270-271.

(28) «*El código general creó tres clases de funcionarios, independientes entre sí. La clase inferior estaba encargada de desempeñar tareas materiales; la intermedia requería algunos conocimientos académicos; y la superior conformada por el alto gobierno. Para ingresar a esta última debía acreditarse título universitario, aprobar el concurso y satisfacer un periodo de prueba de cuatro años*». INFANTE LACOUTURE, Jaime, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Tesis, 1985, pág. 54.

(29) «*Los cambios que sobre este sistema aporta el siglo XIX son mucho menores que en otros países (periodos revolucionarios aparte), pues el Principio Monárquico, que rige en Alemania hasta 1918, mantiene la vinculación del funcionario a la Corona. El funcionario alemán carece, por ello, durante la época, del sentido y de las garantías de neutralidad política que se van afirmando en otros Estados. No sólo eso sino que*

vertical a partir de una selección minuciosa (30). Dicho funcionario estaba en evaluación constante, por lo cual se garantizaba su competencia, siendo que en contraprestación se le daba la posibilidad de ascender, así como una retribución que le permitía laborar de manera exclusiva para la administración.

Con la República de Weimar se debilita el sistema, toda vez que la intromisión política hizo que la administración sea un botín del gobernante de turno (31). Luego con el sistema nazi se retoman ciertas líneas directrices de la legislación prusiana, siendo posteriormente cuestionada en la práctica luego de la segunda guerra mundial.

Actualmente, Alemania tiene un sistema dualista en el que funcionan el sistema estatutario basado en la carrera administrativa, y el sistema con la característica propia de lo que hoy se llama «laborización». La distinción formal se enmarca en que los primeros estarían investidos de facultades públicas, aunque en los hechos, estos también realizan labores distintas a las asignadas.

### 1.3.2. *Francia*

El estado monárquico —luego de la revolución francesa— sufrió una mutación en sus instituciones, en sus funciones, e incluso, en la concepción del elemento subjetivo, dado que se pasó del servidor del rey a funcionario del Estado (32). Posteriormente, luego del 18 del Brumario, Napoleón I

---

*acepta en aras de función, sensibles restricciones de sus garantías jurídicas como trabajador (en particular en el procedimiento disciplinario) y en sus libertades ciudadanas».* SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, Madrid, Tecnos, 2.<sup>a</sup> ed., 1997, págs. 30-31.

(30) «*En la Alemania occidental la existencia de distintas categorías funcionariales, consideradas como “carreras administrativas” (Laufbahnen), es un hecho consagrado en los parágrafos 15 y sigs. de la Ley del Funcionario: federales (Bundesbeamtengesetz) de 14 de julio de 1953. Junto a las categorías inferiores (einfache Dienst), medias (mittlere Dienst) y alta (gehobene Dienst), se reconoce la existencia de una categoría superior (hohere Dienst), a la que se accede mediante oposición para cuya realización se exige estar en posesión de títulos superiores de carácter universitario o similar.*» GARRIDO FALLA, Fernando, «Tendencias actuales en relación con el perfeccionamiento de las categorías superiores de la función pública», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 20, mayo-agosto de 1956, pág. 48.

(31) «*(...) En los comienzos del siglo XIX se dio un gran paso en este sentido, pues dejó de servirse al Monarca para depender del Estado. Esto, al menos, pregonaba orgullosamente la doctrina, y hasta llegó a consignarse así en alguna disposición legislativa. Pero la realidad del fenómeno era muy otra, y a quien se servía, y de quien se dependía, por tanto, era de un partido político: el que gobernaba (sistema del patronazgo, spoil system, cesantías) (...)*» NIETO, Alejandro, «La condición política de los funcionarios federales en Alemania occidental», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 30, septiembre-diciembre de 1959, págs. 304-305.

(32) «*El cuadro que diseña este sistema (posterior a la revolución francesa) es enteramente novedoso y se opone, en pura teoría, al sistema absolutista, en el que un*

—influido por la Ilustración— dotó a Francia de un sistema administrativo que llevó consigo instituciones estables en el tiempo.

Dicho sistema, si bien con modificaciones posteriores, buscó generar estabilidad y garantizar el funcionamiento del sistema administrativo independientemente de las vicisitudes políticas que sucedieran. En este sentido, se renovó el sistema en abstracto —función pública— creando una estructura que pudiese pervivir en el tiempo; blindándose al elemento subjetivo, es decir, al funcionario y su vínculo con el Estado.

En primer lugar, el vínculo que une al funcionario con el Estado tiene particularidades que no tienen los contratos en el ámbito privado. Es decir, se tiene al funcionario como un defensor del interés público, por lo cual su acceso es mediante nombramiento, y su situación jurídica —llámese derechos y deberes— se regula mediante las leyes y reglamentos. Asimismo, se dio competencia a la administración para que —en ciertos casos— pueda modificar unilateralmente las condiciones de trabajo sin que el empleado pueda oponerse a ello (33).

Siendo que un funcionario obtiene dicha mención por un nombramiento, para su acceso debe ser sujeto idóneo para desempeñar las actividades, por lo que es necesario un procedimiento de selección (34). Al funcionario se le brinda estabilidad, autoridad, independencia y una carrera de ascenso; exigiéndole dedicación, lealtad, disciplina, entre otras cosas.

---

*vicario divino en la tierra gobernaba por su sola prudencia la ley de su pueblo. Es un sistema donde el contenido de derechos y deberes está absolutamente predeterminado en el marco legal, abstracto, donde la intervención pública en la vida social está limitada a actuar esa predeterminación legal, y nada más. Ello crea por sí solo un ámbito de libertad, de certeza y de seguridad jurídica donde la libertad civil de los ciudadanos puede desarrollarse por sí misma, sin temor a interferencias imprevistas, lo que ocurrirá en todo el ámbito no cubierto por las habilitaciones legales al poder y aun en el seno de éstas, para que su ejercicio se acomode estrictamente a las reglas, a los procedimientos y a los fines que la Ley ha fijado» (el agregado es nuestro). GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa*. Madrid, Civitas, 2001, pág. 130.*

(33) «La Administración organizará, modificará y transformará unilateralmente sin preocuparse jurídicamente de la voluntad y los deseos de los agentes». JÈZE, Gastón, *ibid.*, pág. 267.

(34) «La estructuración de este sistema, llamado de carrera, comporta que el funcionario no sea nombrado directamente para ocupar un determinado puesto de trabajo, sino que ingrese, mediante un procedimiento de selección fundado en el mérito, en un cuerpo o escala especializada, dividida en categorías personales. A cada escala y categoría se asignan grosso modo una serie de puestos de trabajo que el funcionario podrá ir desempeñando a lo largo de su vida profesional. Pero, salvo excepción, no le será posible acceder a otro cuerpo o escala si no es mediante un nuevo proceso selectivo, por lo que se trata de un sistema cerrado. Es más, el acceso a unos u otros cuerpos depende del nivel de formación académica alcanzado, de donde se deduce que la jerarquía de la función pública viene a reflejar la jerarquía social». SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ibid.*, pág. 29.

### 1.3.3. Italia

Con influencia francesa y alemana, aunque con realidades distintas dado el atraso económico y la falta de iniciativa de las clases medias, se tuvo una burocracia ineficaz. A ello se debe sumar la gran influencia del gobernante en la administración, haciendo de los favores políticos —que garantizaban una base social importante— una constante en ésta, lo cual no incentivaba el mejor desenvolvimiento de la misma.

En ese sentido se promulga el Estatuto Albertino, dando poder cuasi absoluto a la Corona (35), aunque en el tiempo diversas condiciones —como el status jurídico de los empleados y el tipo organizativo— son materia de modificaciones.

Luego —en pleno siglo XX— se dio la primera normativa unitaria de las relaciones entre Estado y funcionarios públicos en 1908 (dividía en funcionarios administrativi, di ragioneria y de ordine) en el cual predomina el interés público (36), siendo el empleado un mero instrumento para la realización de dicho interés, lo cual en el tiempo va evolucionando. Durante la primera posguerra se dan reformas frente al crecimiento del número de empleados públicos —aproximadamente 30 por 100 (37)— como la simplificación administrativa, reforzamiento de la responsabilidad de los funcionarios, entre otros.

Lamentablemente, el sistema de la meritocracia tratado de difundir, se ve mellado por la difusión de los clientelajes, generando —tal cual se manifestó líneas atrás— un exceso de personal en el sector público añadido a una disminución del patrimonio fiscal, producto de la primera guerra mundial, lo que conlleva a una disminución en la retribución económica. Posteriormente, con la llegada al poder del partido fascista, aunque con una fuerte carga ideológica (38), se busca ordenar la carrera administrativa jerárquicamen-

---

(35) Muestra de ellos se puede observar en el artículo 6 del Estatuto: «*El Rey nombre todos los cargos del Estado*». ORTEGA, Luis, «La función pública en el ordenamiento histórico italiano», en *Revista de Administración Pública*, núm. 96, septiembre-diciembre de 1981, pág. 74.

(36) «*Esta primera regulación unitaria reafirma las claves de la relación de empleo público, donde prima ante todo el interés público sin que venga considerado en absoluto el empleado público como una figura independiente que se relaciona de igual a igual con la Administración, sino al contrario, éste es considerado únicamente en tanto en cuanto instrumento de la realización del interés público*». ORTEGA, Luis, *ibid.*, pág. 87.

(37) ORTEGA, Luis, *ibid.*, págs. 92-93.

(38) «*No olvidemos que todo ello va unido de modo paralelo a una identificación del concepto de Estado con los valores del Partido Nacional Fascista. Tanto es así que uno de los autores de la época llegaría a afirmar que la relación de empleo público se diferencia del resto de las relaciones laborales por una especial obligación de fidelidad al Duce, lo que "constituye el carácter principal del empleo público"*». ORTEGA, Luis, *ibid.*, pág. 108.

te (39), siendo que luego de su caída (etapa republicana), se busca erradicar los vestigios del régimen anterior, con la salvedad de los sujetos que hayan desempeñado su labor de manera eficiente independientemente que haya sido partidarios del régimen.

Años después se conforma la *comisión forti*, que es antecedente del Texto Único sobre el Estatuto Jurídico de los funcionarios públicos de 10-1-1957 (que tiene como antecedentes la *comisión forti* Giovannini Petrilli, entre otros).

Dentro de la estructura organizativa se diferencian los sujetos que ejercitan potestades públicas de aquellos que desarrollan actividades dentro de los órganos sin ejercer dichas potestades, teniendo el primero un vínculo especial a propósito del interés público de su labor (relación orgánica), y el segundo de tipo *locatio operario*.

Esto se confirma con la distinción planteada por BATTINI entre *rapporto di ufficio* y *rapporto di servizio*. Con la primera se refiere a la imputación jurídica por la cual un sujeto es legitimado para ejercitar los poderes y las funciones que las normas atribuyen a los *uffici* de la Administración Pública, teniendo su actuación efectos externos. En cambio, el segundo guarda relación con la prestación laboral del dependiente, teniendo el deber a favor de la administración, con su correspondiente remuneración; es decir, parte de una relación interna (40).

#### 1.3.4. España

Antes de la etapa del estado absoluto, la titularidad del poder era compartida entre el monarca, los nobles, la burguesía gremial y la Iglesia (41). Ya en el estado absoluto el poder se consolida en manos del monarca, aunque tuvo a la nobleza —y en algunos casos al mismo clero—, como límites al desenvolvimiento pleno de su poder. Producto, en parte de ello, el monarca se respalda en *un nuevo grupo de oficiales, legistas en la mayoría de sus rangos superiores, en los que el Monarca tiende a apoyarse para contrapesar*

---

(39) «(...) Entre ellas se destaca la consideración de la relación de empleo público como una relación ética, razonándose dicha proposición en base a que “el empleado viene admitido, normalmente, por toda la vida, en el complejo administrativo, con el fin de que dedique a éste todas sus fuerzas de ingenio y de cultura en el ámbito de los fines sociales y políticos que son propios del Estado”. De ello se deducía que se trataba, por tanto, “de una relación de fidelidad que sólo puede contraer aquel que por su mentalidad y por sus inclinaciones viva y actúe de modo conforme a las tendencias ideales y políticas que son propias de la Administración”». ORTEGA, Luis, *ibid.*, pág. 103.

(40) BATTINI, Stefano, «Il Personale», en *Trattato di Diritto Amministrativo a cura di Sabino Cassese. Diritto Amministrativo Generale*. Tomo primo. Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 2000, pág. 336.

(41) VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios del Derecho Administrativo*, I. Madrid, Universidad Complutense de Madrid. Sección de Publicaciones, Tomo I, 3.ª ed., 1992, págs. 52-53.

la influencia de la nobleza y de los que en adelante será imposible prescindir, puesto que de su conocimiento y dedicación depende el funcionamiento regular del Estado (42).

En el año 1845 se creó el Consejo Real y los Consejos Provinciales, según el modelo francés (Leyes de 2 de abril y de 6 de julio de 1845, sustrayendo de los Tribunales Civiles los pleitos en que es parte la Administración (43). Sin embargo, la situación caótica de la Administración Pública no mejoró sustancialmente, por lo que se promulgó el Real Decreto de 18-6-1852, Estatuto Bravo Murillo, el cual diseñó una carrera administrativa a partir de la diferenciación de cargos, retribuciones económicas, ingresos, ascensos, entre otras cosas.

Lamentablemente, dicha norma no fue la solución al problema de fondo, por lo que espontáneamente se fueron formando grupos especializados de funcionarios que obtuvieron regulación especial «corporativismo» (44), y que luego con el estatuto Maura —Ley de Bases de 22-7-1918— consiguieron su consolidación (45) y proliferación, toda vez que dichos cuerpos fueron reglamentados siendo legitimados en toda la nación.

En el año 1964, mediante Decreto 315/1964 (46) se desarrolla la laborización (47) de la Administración Pública, así como el sistema mixto de funciones, lo cual —al igual que en otros países— en busca de mayor flexibilización, afectó el sistema estatutario implantado hasta ese momento (48).

---

(42) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ibid.*, pág. 59.

(43) PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo, I. Parte General*. Barcelona, Marcial Pons, 13.<sup>a</sup> ed., 2002, pág. 20.

(44) «(...) En virtud de este *ius singulare*, tales funcionarios alcanzaban la ansiada inamovilidad y quedaban exentos del llamado turno de cesantes. Además no les afectaba la integración de militares, por constituir escalas cerradas, es decir, reservadas a los poseedores de ciertas titulaciones (la relación con las Escuelas Técnicas es, como en Francia, directa), que ingresaban en virtud de pruebas objetivas de selección y en las que los ascensos se producían por antigüedad. La especialidad también se hacía notar en la mejora de las retribuciones y otros privilegios. De esta manera (y no de un proyecto de Estado, a diferencia de Francia) surgieron los cuerpos de funcionarios, que aportaron profesionalidad a la corrompida e ineficaz Administración de segunda mitad del siglo, a cambio de una situación de ventaja sobre el resto de los empleados públicos» (la redonda es nuestra). SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ibid.*, págs. 42-43.

(45) Véase como ejemplo el cuerpo de registradores.

(46) La cual desarrolla la Base I de la Ley 109/963.

(47) El término laborización, que en una primera impresión muy general evoca la idea de transformación en la laboral de algo que no lo es en su origen, es un término plurívoco, pues con él se designa tres realidades, aunque íntimamente relacionadas, en esencia diferentes. Dos de ellas hacen referencia a la laborización de la Función Pública, una tercera, a la de los funcionarios públicos. IZQUIERDO HERNÁNDEZ, FRANCISCO JAVIER y MOLINA GARCÍA, MÓNICA, *La laborización de los funcionarios públicos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 19.

(48) Posteriormente se promulga la Ley 30/1984, la cual busca una reforma progresiva del régimen del empleo público, regulando en un mismo texto normativo, la relación

### 1.3.5. Gran Bretaña

Inglaterra, a diferencia de Francia y Alemania, si bien tuvo en la revolución de 1688 el recorte de las prerrogativas de los funcionarios de la Corona (49), no siguió el recorrido de los países antes mencionados, a fin de lograr un *derecho administrativo* consolidado. En ese sentido, si bien pudo deducirse la doctrina de la división de poderes de su constitución, de forma teórica, en la realidad no tuvo la ascendencia de otros países del continente (50).

Consecuencia de ello, y de otras particularidades, fue un sistema administrativo ineficiente regido por el sistema de *patronage* (51). Frente a esto, surgieron (siglo XIX) doctrinas utilitaristas —Bentham y A. Smith— que planteaban opciones a fin de remediar tal situación. En este sentido, se dio el

---

funcionarial y la laboral. «(...) *Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo, el Gobierno socialista emprendió un nuevo proceso de reforma, que culminó en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP). La Ley, como su propio nombre indica, no pretendió establecer un régimen de nueva planta, un auténtico nuevo estatuto de funcionarios, sino abrir un proceso de reforma progresiva del régimen de empleo público; un proceso de rectificaciones empíricas y parciales, carentes de un modelo u horizonte predefinidos, y que ha continuado los años sucesivos con diversas reformas de la propia ley; no se trata, pues, de un texto normativo completo y orgánico, sino de un conjunto de disposiciones muy variadas que no han alterado sustancialmente el sistema vigente entre nosotros desde 1964*». SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, I. Madrid, Iustel, 2004, pág. 744.

(49) «*Debemos mencionar que dicha revolución —que derrotó al despotismo estuaradiano— fue modelo para Montesquieu en su tesis de la separación de poderes, toda vez que la mencionada revolución tuvo como fin “restringir los poderes y prerrogativas de la monarquía, y paralelamente reconocer y consolidar los derechos y facultades del parlamento”*». VÉLEZ GARCÍA, Jorge, *Los dos sistemas del Derecho Administrativo. Ensayo de Derecho Público Comparado*. Santa Fe de Bogotá DC: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 2.ª ed., 1996, págs. 396-397. En el mismo sentido, GALINDO CAMACHO, Miguel, *Teoría de la Administración Pública*, México: de Porrúa, 2000, pág. 70.

(50) Ejemplo de ello nos lo señala MURILLO FERROL: «*Por tanto, no se creó una jurisdicción específicamente administrativa y mucho menos un tribunal de conflictos como en Francia. Así es que visto el problema en su esquema más simple, pudiéramos decir que Inglaterra tiene hoy (o al menos tenía a fines del siglo pasado) una situación que Alemania y Francia atravesaron a fines del siglo XVIII: una serie de normas referentes a la actividad administrativa que en lugar de formar un cuerpo separado quedan integradas en el common law, en el Derecho ordinario, realizable por la actuación de los tribunales ordinarios*». MURILLO FERROL, FRANCISCO, «El régimen jurídico de la Administración inglesa», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 1, enero-abril de 1950, pág. 50.

(51) «*Si analizamos los frecuentes pequeños casos de aplicación del sistema de patronage —en los que se trata de premiar a los seguidores fieles de los partidos y grupos mediante una colocación o ascenso en los puestos de funcionarios— aparece como característica general del fenómeno, que los partidos políticos, respetando o no una proporción, pretenden ocupar, cada vez más y por razones de oportunidad política, los puestos directivos del aparato estatal con sus hombres de confianza*». WEBER, Werner, «Presente y futuro del alto funcionario en Alemania». Traducción por Alejandro Nieto, en *Revista de la Administración Pública*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1962, pág. 82.

Informe Northcote-Trevelyan, el cual propuso el abandono del sistema del *patronage*, siendo reemplazado por el de mérito.

Así pues, a diferencia de Alemania y Francia, se edificó una administración —en términos de NIETO— de abajo hacia arriba: «*La Administración británica ha sido construida de abajo a arriba: “el ciudadano domina la Administración, bien sea a través de sus agrupaciones naturales en los municipios, bien sea a través de sus agrupaciones políticas en el Parlamento. La Administración está al servicio del pueblo, y el pueblo se encarga de controlarla en defensa de sus intereses” (...)»* (52).

A mitad del siglo XIX surge el Civil Service (53), promoviendo la realización de pruebas selectivas libres, teniendo la particularidad que dichas evaluaciones son no especializadas dado que se valora la cultura general, personalidad del candidato y su capacidad para solucionar los problemas (54). No obstante esto, no existe inamovilidad del cargo, sin embargo, por tradición los funcionarios ingleses saben que serán respetados en sus cargos (55).

---

(52) NIETO, Alejandro, «El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemana», *ibid.*, pág. 77. Asimismo, en términos de DICEY, el entendimiento inglés del principio de división y separación de poderes en comparación con Francia es distinto, toda vez que: «(...) mientras que el Derecho francés o el español interpretaron esa separación como prohibición a los Tribunales comunes de inmiscuirse en actos y actividades de la Administración y sus funcionarios, es decir, como independencia de la Administración, en Inglaterra se entendió justamente al revés: como sometimiento a los jueces comunes de toda la actividad administrativa de los funcionarios». PARADA, Ramón, *ibid.*, págs. 26-27.

(53) «El de la Civil Service Commission inglesa, cuyos miembros forman un Jurado permanente para los empleados de la Administración Civil; se persigue, más bien, una cultura general y amplia, por la estimación de que los conocimientos específicos que cada cargo precisa se adquieren posteriormente con la práctica. En otros países del Occidente europeo, lo corriente es nombrar para cada concurso u oposición un Tribunal especialmente versado en las materias relacionadas con la función a desempeñar. En principio, uno y otro son buenos si se garantiza la capacidad de los miembros del Tribunal para expresar su juicio sin ceder a consideraciones externas, y si su preparación científica o profesional es lo suficientemente amplia para estimar en los ejercicios la capacidad de los aspirantes». SERRANO GUIRADO, Enrique, «Los actos del procedimiento de selección de funcionarios», en *Revista de Administración Pública*, núm. 8, mayo-agosto de 1952, pág. 140.

(54) Pero en Inglaterra esa falta de enseñanza teórica se compensa ampliamente por el hecho de que el funcionario nombrado para un alto puesto permanece en él por lo regular durante toda su vida, y porque esos cargos se incluyen entre los que pueden obtenerse por ascenso, aunque no haya ley ninguna que lo disponga así. En consecuencia, dichos puestos los ocupan hombres profundamente versados en las tareas que les están encomendadas, y que los cambios de Ministerio no ejercen influencia sensible en la obra de los Departamentos administrativos, los cuales siguen su marcha, como antes, bajo la dirección de los altos funcionarios permanentes. GOODNOW, Francisco J., *ibid.*, pág. 60.

(55) «En el terreno legislativo los países anglosajones se muestran contrarios a toda posible abdicación de la Administración en sus facultades rescisorias de las relaciones de empleo público. La tesis contractual es llevada aquí a sus últimas consecuencias, si bien en realidad más en el terreno de la teoría que en el de la práctica, pues, en Inglaterra al menos, los funcionarios de carrera vienen protegidos por el peso de unas costumbres que en definitiva les otorgan garantías de permanencia quizá superiores a las que, con

Respecto a su organización, en líneas generales, puede señalarse que se crearon diversas clases de funcionarios, siendo una destinada a las actividades intelectuales (*upper class*) y las demás más administrativas (*administrative, executive, clerical assistant*) (56).

Este sistema se opone radicalmente a aquellos que —v.g., la Ley alemana de funcionarios de 1937— parten del supuesto de que la sumisión total de los agentes públicos constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios. El *Civil Service* británico se esfuerza hoy en conseguir la eficacia dentro del marco de la libertad (57).

En resumen, el *civil service* es concebido no como una tarea de mandar sino de servir, dejando de lado cualquier semejanza con la disciplina de lo militar y el espíritu burocrático de otros sistemas. El funcionario es concebido como un simple ciudadano —servidor—, el cual debe ser respetado en su personalidad y el que tiene que respetar y servir a los administrados (58).

### 1.3.6. *Estados Unidos*

De los sistemas antes revisados, quizá el más alejado de ellos es el sistema norteamericano, el cual —por ejemplo— tiene una regulación cercana al régimen del Derecho Privado (59).

Siendo colonia inglesa, heredaron el sistema del *patronage*, el cual era en beneficio de los grupos de poder que existían en ese momento. Con el asentamiento del bipartidismo y la alternancia política, los funcionarios tuvieron que responder en forma periódica de su gestión (60), lo cual derivó en el

---

*base legislativa, pueden ser invocadas por los funcionarios continentales. Es claro, sin embargo, que estas situaciones fácticas sólo pueden funcionar eficazmente contando con arraigados hábitos sociales y con elevados niveles de educación ciudadana que harían que su trasplante a medios con condiciones distintas produjese resultados altamente problemáticos». MARTÍN MATEO, Ramón, «La inamovilidad de los funcionarios públicos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 51, septiembre-diciembre de 1966, pág. 16. No sólo debemos hacer esto, sino que también hace falta que la opinión pública se eduque hasta el punto en que se halla educada la de Inglaterra, donde no se consienten cambios en masa del personal en aquellas ramas superiores del servicio que no son completamente políticas. GOODNOW, Francisco J., *ibid.*, 63.*

(56) GARRIDO FALLA, Fernando, «Tendencias actuales en relación con el perfeccionamiento de las categorías superiores de la función pública», *ibid.*, pág. 48.

(57) GAUDEMET, P. M., «La eficacia en el servicio civil británico (traducido por J. G. H.)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 11, mayo-agosto de 1953, pág. 269.

(58) GAUDEMET, P. M., *ibid.*, págs. 270, 271.

(59) Su fundamento reside en que el nombramiento de un funcionario no se efectúa para que realice toda su carrera en el servicio público (aunque en la práctica suceda así), sino para desempeñar un cargo determinado. Por eso se suele denominar *sistema de empleo*. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ibid.*, pág. 33.

(60) Tenure of Office Act.

Spoil System, mecanismo que exigía la evaluación y confirmación del agente en su puesto al terminar un periodo de gobierno, siendo sacado de dicho puesto —en general— de no ser adepto al nuevo Gobierno (61).

Producto de estos cambios de tipo político, no existía estabilidad de los funcionarios, por lo que el funcionariado sirvió de botín para los gobernantes de turno, a fin de retribuir el apoyo recibido por los partidarios.

Posteriormente, se implementó un sistema de ingreso según «el *merit system*», de acuerdo a lo que se denominó *Civil Service Comisión* (62), como respuesta al ingreso por favores al gobierno de turno, sin embargo, dicha modificación tuvo alcance restringido (63).

No obstante esto, en general, en Estados Unidos, a diferencia de los otros países, se puede indicar que el funcionario es considerado —más que un representante del Estado— un fiduciario, el cual debe atender las demandas de la ciudadanía.

En este sentido, no existe la concepción de cargos permanentes y de duración indeterminada, dado que se busca cierta sensibilidad de los funcionarios hacia los usuarios, la cual se ve trastocada cuando están laborando de forma indefinida en un puesto toda vez que puede dejarse de apreciar la necesidad de los administrados. Es por esto que se considera a este tipo de funcionarios como *adscritos* a su cargo, a diferencia de los otros sistemas que se les concibe como *funcionarios de carrera*.

---

(61) Muestra de ello nos lo señala DWIGHT: «Echemos una ojeada a este “Club de los dos por ciento” que el senador se ha servido calificar de francachela política. Todos sabemos que para sostener un partido político hay que contar con medios para mantenerlo. Hay que contar con fuerzas para la lucha. Hay que tener dinero para sostener la campaña política. Con toda seriedad pregunto a los senadores: ¿De dónde ha de salir el dinero? Hay que conseguirlo en alguna parte. ¿A dónde hay que dirigirse para encontrarlo? El partido demócrata se limita a decir: “Nosotros, que hemos sido elegidos, nos dirigimos a nuestra gente que ocupa cargos gracias al partido demócrata y es responsable de la administración mientras ocupa el poder el partido demócrata, y le pedimos que contribuyan con sus fondos a fin de cubrir los gastos del partido demócrata”. ¿Qué podría estar mejor que esto, señor Presidente?». WALDO, DWIGHT, *Administración Pública. La función administrativa, los sistemas de organización y otros aspectos*, México D. F., Ed. Trillas, 1967, pág. 235.

(62) «En 1883, el Pendleton instituyó las primeras garantías de reclutamiento y de la carrera en provecho de los funcionarios. La politización de la función pública disminuye». MARÍA DÍEZ, Manuel, *ibid.*, pág. 481.

(63) En lo referente a los puestos superiores: «En los Estados Unidos hay pocas exigencias legales de aptitud para los puestos superiores del servicio nacional y regional. Se confía casi totalmente en la discreción de las autoridades facultadas para nombrar, dando por supuesto que atenderán, para elegir, a las necesidades prácticas del servicio, aunque concedan a la vez gran valor a las razones políticas». GOODNOW, FRANCISCO J., *ibid.*, pág. 60.

#### 1.4. SISTEMAS

Luego de la revisión histórica de la evolución de la función pública en diversos países, podemos encontrar rasgos comunes que —agrupándolos— nos permiten identificar dos modelos, uno de tipo cerrado denominado «europeo continental», y uno de tipo abierto denominado «anglosajón».

##### 1.4.1. *Modelo anglosajón*

Tal cual se ha señalado, el modelo anglosajón tiene dos referentes importantes: Gran Bretaña y Estados Unidos (64). En este último se logra desarrollar propiamente el modelo, toda vez que en Gran Bretaña, si bien se exigía la especialización en los cargos directivos, con acceso de acuerdo al Gobierno de turno (en cabeza de su primer ministro), en el cuerpo general —en los hechos— se configuró un sistema de protección al funcionario, desde su acceso mediante una evaluación, hasta el aseguramiento de su inamovilidad —en los hechos— de su cargo y retribución adecuada.

En este sentido el modelo no interioriza la idea de personal permanente, sino por el contrario, se ve en el funcionario un profesional que desempeña sus labores de forma temporal. Por tanto, el tipo de vinculación con la administración es más «un puesto de trabajo» que una «carrera», asemejándose más a una relación de tipo privada en la cual el Estado puede resolver el contrato si es que no considera apto al personal para el desarrollo de la función pública (65).

Tal cual se ha revisado líneas atrás, lo práctico es el horizonte del modelo, por lo que se exige personal con educación diferenciada, no necesariamente jurídica, toda vez que —por ejemplo, en Inglaterra— se evalúa la cultura general, lo cual es la base para que la administración determine si el postulante posee las capacidades y aptitudes adecuadas para desarrollar las tareas asignadas al puesto que se requiere.

---

(64) «*La expresión fundamentalmente privatista del Derecho angloamericano ha impedido un desarrollo del Derecho administrativo semejante al producido en el continente europeo. Los conceptos de la rule of law (imperio de la ley) en Inglaterra, de la judicial supremacy (supremacía judicial) y del due process of law (debido proceso legal) en los Estados Unidos, han dado a los tribunales angloamericanos un contralor sobre los órganos de la Administración Pública no disímil al que ejercen sobre los actos privados; en consecuencia, el derecho enunciado en las sentencias relativas a la Administración Pública no difiere a menudo del enunciado en la sentencia dictada respecto a los actos privados*». CLARKE ADAMS, John, *El Derecho Administrativo norteamericano* (título original: *Il diritto amministrativo americano. Cenni istituzionali di diritto amministrativo comparato*, Zanichelli, Ed. Bologna, 1957. Traducción de Diosinio Petriella). Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1964, pág. 22.

(65) La Administración es flexible, si tiene exceso de trabajadores, los despide —previo resarcimiento especial—, y si necesita, convoca personal del sector privado.

Téngase en cuenta que si bien este modelo abierto es flexible y se adecúa a las coyunturas, no crea los incentivos para fidelizar a los funcionarios en su labor y con la institución. Asimismo, un esquema como el planteado de transición entre el sector público y el privado, puede mermar la independencia de los funcionarios, estando sujetos a presiones de grupos privados.

#### 1.4.2. *Modelo europeo continental*

Al referirnos a un modelo europeo continental, no deseamos dar la idea de un modelo uniforme, sino uno de rasgos comunes que permite la identificación de una opción distinta al anglosajón. Esto lo indicamos, dado que cada Estado ha ido configurando sus instituciones jurídicas en un proceso histórico propio, lo cual denota particularidades en cada uno de éstos, aunque las necesidades hayan sido las mismas.

Características propias del modelo es la mayor estabilidad —legal— en los vínculos entre los funcionarios y la Administración Pública, no siendo los cargos botín de los gobiernos de turno. Si bien se parte de un vínculo contractual las garantías que tiene el funcionario en la administración permite la creación de mecanismos de promoción (ascenso) dentro de una carrera pública. En ese sentido, las dos características esenciales de este modelo son el régimen estatutario —entendido como el conjunto de reglas a la que se encuentra vinculado el funcionario— y la denominada carrera pública.

A fin de lograr la eficiencia, los funcionarios deben tener una capacitación constante tendentes a la formación de satisfacer el interés general del servicio que brindan por delegación estatal. Asimismo, tiende a crear estímulos para que los funcionarios busquen el ascenso a partir de su estabilidad, aunque, también al tener dicha garantía, puede crear desincentivo a la eficacia —dado que su labor la tiene asegurada— y puede producir distanciamiento del funcionario con la realidad.

## 2. EL FUNCIONARIO PÚBLICO

### 2.1. IDEAS PRELIMINARES

La primera cuestión que debe tomarse en cuenta al estudiar el presente tema es la distinción entre los agentes públicos y los privados a partir de las particularidades que cada uno de ellos posee en el régimen que se desempeña.

Partiendo de los fines, podemos afirmar que las entidades privadas al involucrarse en los negocios buscan —normalmente— obtener cierta rentabilidad a un corto, mediano o largo plazo. En función de dicho objetivo, los

empleados distribuidos y dirigidos. En caso los titulares vean que la empresa, por ejemplo, tiene continuas pérdidas, pueden decidir desistirse del negocio y extinguir el mismo.

En el sector público esta línea de actuación no es viable. En principio, el servicio público más que utilidades busca satisfacer las necesidades de los ciudadanos. Así pues, el empleado público debe mentalizarse en dar un buen servicio para satisfacer el interés particular del administrado, lo cual tiene detrás el interés general de los ciudadanos. En caso de que la entidad sólo genere pérdidas, el Estado no podrá desistir de brindar el servicio, sino que deberá buscar opciones para mejorarlo.

Por tanto, puede señalarse preliminarmente, que los objetivos de las entidades públicas y privadas —y esto influye en relación a los agentes de las mismas— no son iguales, teniendo sus particularidades que no deben ser dejadas de tomar en cuenta para su estudio (66).

De otro lado, al introducirnos en el elemento subjetivo de la Administración Pública, observaremos la heterogeneidad de los agentes. Es decir, si bien todos ejercen sus labores para la entidad, existen distinciones por las funciones, los cargos, el monto por remuneración, la formación, la exigencia de las labores, entre otras cosas.

En ese sentido, este punto nos permitirá esbozar un concepto del funcionario, diferenciándolo en sede comparada y en sede nacional de otros agentes que ejercen sus labores en el sector público. De igual forma, se analizará el vínculo que existe entre el funcionario y la Administración Pública, a fin de entender el lugar que ocupa el funcionario. Finalmente se describirá al funcionario en el ordenamiento peruano.

## 2.2. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

En términos generales, funcionario es aquel agente de la Administración que a partir de su nombramiento labora en un cargo determinado de una manera continua en la gestión de la Administración Pública.

BIELSA define al funcionario en «*virtud de designación especial y legal (sea por decreto ejecutivo, sea por elección), y de manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a “constituir” y a “expresar o ejecutar” la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social*» (67).

---

(66) Debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, el régimen de incompatibilidades, los deberes y funciones en cada sector, los efectos de sus actuaciones, las sanciones, etc.

(67) BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo. Los agentes de la Administración Pública funcionarios y empleados. El dominio público*. Buenos Aires, La Ley, Tomo III, 1964, pág. 4.

Si bien somos conscientes que el término *funcionario público* es complicado de definir, en especial cuando se desea distinguirlo de otros agentes de la Administración, liminarmente indicamos —en nuestro concepto— que el funcionario público es aquel sujeto que labora en la Administración Pública y ha sido investido de competencias públicas (68).

### 2.2.1. *Distinción con otros agentes del Estado*

La definición es importante siempre y cuando diferencie al funcionario de los otros agentes del Estado, por lo que —tomando en consideración que las clasificaciones se hacen con el intento de aproximarnos mejor a la figura de estudio— haremos la distinción pertinente, lo cual nos permitirá entender mejor el vínculo con la administración.

Si nos remontamos a la escuela francesa, podemos encontrar —entre otros— a exponentes como DUGUIT, JÈZE y HAURIUO. El primero, partiendo de su noción de servicio público (69), define al funcionario a partir de su participación permanente en el funcionamiento de un servicio público, a diferencia del empleado que lo realiza de manera temporal (70).

---

(68) «(...) *funcionário é quem tenha sido legalmente investido nestes termos unitários e indivisíveis de competências relativos a funções da organização central do Estado, estabelecidas em lei, com individualidade própria, reconhecível esta pela denominação e previsão numérica*» (el énfasis es nuestro). BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. Regime Jurídico dos funcionários públicos*. São Paulo: Editora dos tribunais, 1975, págs. 15-16. En el mismo sentido: «*Sabemos que tanto el funcionario como el empleado aceptan el desempeño de sus tareas con su libre consentimiento, remuneradas casi siempre y comúnmente permanentes, pero hay que tener presente y he ahí la diferencia, que el funcionario recibe un encargo especial del Estado, una delegatio en interés jurídico, social y político de la colectividad que da a la función un carácter representativo, en tanto que el empleado, tiene con el Estado-Administración Pública, una vinculación interna porque realiza o desempeña una tarea normal de la Administración*». LOZANO PAREDES, Carlos, *Naturaleza jurídica de la función pública*, Lima, Pucp, Tesis, 1946, pág. 36.

(69) Entendido como la «*existencia de orden jurídico que se impone a los gobernantes, es decir, a aquellos que de hecho tienen el poder en un país dado, obligación de asegurar sin interrupción de cumplimiento de una cierta actividad*». DUGUIT, León, *ibid.*, pág. 31.

(70) En sede nacional se señaló que: «(...) *Funcionario Público es la persona que por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, participa de manera continua en el ejercicio de las funciones públicas; y empleado es la persona que asume la obligación de prestar su actividad al Estado, mediante una retribución, haciendo del servicio público su profesión, esto es, dedicándole permanentemente su actividad física e intelectual, con el fin de obtener los medios de subsistencia económica*». S. PORTOCARRERO, Felipe, *Curso de Derecho Administrativo del Perú*, Lima, Escuela Tip. Salesiana, 1944, pág. 66.

Luego, JÈZE —partiendo de su propia concepción de servicio público (71)— define al funcionario a partir del carácter *permanente, normal, ordinario*, del *empleo*, de la *función*, conferidos al individuo (72). HAURIUO considera como funcionarios a todos los que, en virtud de un nombramiento de la autoridad pública, bajo el nombre de funcionarios, empleados, agentes y subagentes, pertenecen a los cuadros permanentes de la Administración Pública (73).

En Alemania se tienen —entre otros— como exponentes a LABAND y MAYER. El primero se fija en lo que denomina *relación de servicio especial*, que está dentro del Derecho público, pero que presupone consentimiento del funcionario y cuyo contenido jurídico se basa en una *relación de poder* (74). De otro lado MAYER distingue dos aspectos de vinculación: uno interno y otro externo. El interno se refiere a aquella obligación de fidelidad —especie de obligación de tipo moral— al servicio que desarrolla el Estado. En cambio, el aspecto externo se refiere a la gestión que en *representación* (75) del Estado debe realizar el funcionario (76).

En la doctrina italiana, ALESSIO clasifica según el oficio al cual son adscritos, un funcionario es el llamado a formar la voluntad o representar al Estado, en cambio, el empleado público se determina, independientemente que represente o no al Estado, por la prestación de la actividad en forma permanente y para fines profesionales (77). PETROZIELLO, en cambio, indica que un funcionario es aquel agente que tiene poder de decisión y mando, por lo cual tiene los grados más elevados de jerarquía. Siendo que los empleados

---

(71) «La idea de servicio público se halla íntimamente vinculada con la del procedimiento de Derecho Público. Decir que, en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico» (la redonda y énfasis es nuestro). JÈZE, Gastón, *ibid.*, pág. 5.

(72) JÈZE, Gastón, *ibid.*, pág. 257.

(73) El reclutamiento de los funcionarios, en esta teoría tiene como base una requisición consentida: por una parte, los funcionarios son incorporados a la institución administrativa por nombramiento, decisión unilateral del poder público; y por la otra, su *status* es legal o reglamentario y no contractual. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo III. Instituciones Fundamentales (Primera parte) Servicio Público-Función Pública*. Buenos Aires, Tipográfica editora argentina, 1951, pág. 243.

(74) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, «Derecho Administrativo III. Instituciones Fundamentales (Primera parte). Servicio Público-Función Pública», *ibid.*, pág. 247.

(75) La cual, como veremos más adelante, no necesariamente es igual a la civil.

(76) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, «Derecho Administrativo III. Instituciones Fundamentales (Primera parte). Servicio Público-Función Pública», *ibid.*, pág. 254.

(77) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, «Derecho Administrativo III. Instituciones Fundamentales (Primera parte). Servicio Público-Función Pública», *ibid.*, pág. 257.

se encuentran en grados debajo de los funcionarios ejecutando las disposiciones que se le ordenen (78).

Nos adherimos en parte a la distinción que hace MAYER entre los dos aspectos que existen en el funcionario público, el interno, el cual también es característica del servidor o empleado público, y el externo, que a diferencia de aquel autor, más que un tema de representación (79), lo tomamos como una delegación de potestad pública (80) (81).

### 2.3. EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO

#### 2.3.1. *Vínculo entre el funcionario público y la Administración Pública*

El vínculo jurídico que une al funcionario público con el Estado ha sido materia de distintas concepciones a través de la historia. Dependiendo del momento histórico, la concepción del derecho y el ordenamiento particular en el que se desenvuelven, se definen estas relaciones.

En la Edad Media (82) las funciones denominadas «públicas» estaban a merced de la aristocracia, la cual era jerarquizada, según una relación de vasallaje, siendo que los cargos se transmitían por herencia. Con el transcurrir del tiempo, el príncipe afirma su autoridad sobre los señores feudales, creando una organización a su servicio, diferenciada de los oficios domésticos de

---

(78) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, «Derecho Administrativo III. Instituciones Fundamentales (Primera parte). Servicio Público-Función Pública», *ibid.*, pág. 264.

(79) «Esta doctrina entiende que el signo específico del funcionario es su carácter representativo. El concepto de funcionario toma en consideración el contenido objetivo de las atribuciones que desarrolla al servicio de la Administración Pública. En el empleo público no existe representación alguna. Hay que referirse únicamente al modo particular con el cual una persona física se encarga de los negocios del ente público. El funcionario puede declarar la voluntad del Estado. El empleado, no». MARÍA DÍEZ, Manuel, *ibid.*, 289.

(80) «(...) La diferencia esencial entre función y empleo público está en lo siguiente: la función supone un encargo especial, una delegación, transmitida en principio por la ley; el servicio sólo concurre a formar la función pública. Respecto del empleado sólo hay una vinculación interna con el Estado; la del funcionario es una relación externa, que atribuye a éste cierto carácter representativo, por poco que signifique la representación que ejerza» (el énfasis es nuestro). BIELSA, Rafael, *ibid.*, pág. 34.

(81) Dicha distinción tiene consecuencias importantes cuando se analice el tema de responsabilidad, toda vez que así como el funcionario tiene «autoridad» tiene como correlativo el tema de la responsabilidad.

(82) «Inizialmente, nello Stato assoluto del primo periodo, nei paesi dell' Europa continentale, si applica il diritto comune, in quanto non derogato dal «diritto creato dal principe». E una forma ancor fluida, in quanto il diritto del principe può anche essere solo un diritto speciale rispetto al diritto comune. Però in Francia, Spagna e Austria comincia ad avere un contenuto pubblicistico». SEVERO GIANNINI, Massimo, *Diritto amministrativo*, Milano: Giuffrè editore, volume primo, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 23.

la Corte, para proveer las funciones inherentes a su potestad: ejército, diplomacia, justicia y hacienda (83).

Posteriormente, por ejemplo, en Prusia, el rey, a fin de superar la ineficiencia administrativa, encarga las labores públicas a profesionales, lo que es un antecedente a lo que luego de la revolución francesa se denominó «la burocracia profesional». Luego con la caída del antiguo régimen, los vínculos «administrativos» se trastocaron, es decir, el trabajador público de ser un servidor personal de la Corona se convierte en funcionario del Estado, teniendo los derechos atribuidos por sus normas y gozando por esto de un estatuto objetivo (84).

Los diversos modelos que surgieron tuvieron en común que fueron soluciones singulares frente a problemas comunes de una administración ineficiente. No obstante esto, debemos tener en cuenta que existieron diferencias, en el tiempo, circunstancias y las formas, de cómo se configuró cada Estado y su respectiva Administración Pública.

En este sentido, si en puntos anteriores acogimos una diferenciación entre un modelo denominado anglosajón y uno de tipo europeo continental, debemos también señalar las particularidades de este último modelo en lo referente a la concepción de la vinculación entre la administración y el funcionario.

En Alemania, tal cual lo mencionamos antes, los cambios surgieron con Federico Guillermo I y Federico II, debiendo tomar en consideración que el Derecho Administrativo alemán y las instituciones de Derecho Privado tuvieron relaciones amplias y fluidas (85). Muestra de ello es la concepción del vínculo como título procuratorio (86), ya sea en la representación propiamente dicha o en el mandato (87).

---

(83) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ibid.*, pág. 26.

(84) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ibid.*, págs. 27-28.

(85) «(...) *Por eso, a medida que en el siglo XIX se alcanza gradualmente la construcción sistemática del Derecho Administrativo, tendrá éste que comenzar por rescatar una serie de materias de la esfera jurídico-privada. Sin embargo, el impacto privatístico que éstas llevan ya consigo permanecerá casi como una impronta imborrable*». Y a continuación añade: «(...) *el Derecho Administrativo alemán no se establece en una esfera tendencialmente cerrada. Sus relaciones con el Derecho Civil se fijan en un plano horizontal, facilitándose así, por la misma posición adoptada, un fecundo intercambio*». MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, pág. 41: «(...) *cuando el Derecho Administrativo hubo de llevar a cabo la formulación sistemática de los conceptos, de sus instituciones, no pudo sino acudir al Derecho Civil, poseedor ya entonces de una milenaria tradición técnicamente depurada. (...) El Derecho Administrativo se formó teóricamente en un medio jurídico impregnado de tendencias y de tradiciones civiles, gracias a la obra de administradores, jueces, y miembros del Parlamento que habían sido formados en la escuela del Derecho Civil y del Derecho Romano*». MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *ibid.*, pág. 33.

(86) ORTEGA, Luis, *ibid.*, pág. 71.

(87) El poder de representación no es más que legitimación. «*El gran mérito de Laband ha sido haber configurado el poder de representación como simple legitimación*

Asimismo, se concibió dicha relación como una de locación de servicios o arrendamiento. El punto de partida era el mismo, el principio de igualdad entre las partes. En este sentido se planteó asimilar la función pública a los negocios privados, lo cual fue posteriormente desechado por la doctrina alemana, dadas las características especiales de la función pública.

Se elaboró la teoría del órgano (88) —que tuvo desarrollo importante en Italia—, la cual, a diferencia de la representación y el mandato, no existe la distinción entre parte formal y parte sustancial (89), siendo la voluntad del órgano parte sustancial de la administración, por lo cual se encuentra vinculada a la misma (90).

La doctrina alemana construye, a su vez, la teoría de las relaciones especiales de sujeción (91) del funcionario, la cual señala que en razón del ingreso de un sujeto a la administración, éste queda vinculado de manera subordinada al Estado, teniendo la potestad éste de establecer normas disciplinarias, limi-

---

*a partir del ejemplo del poder. Llegó a ello mediante la separación del poder respecto del mandato. Lo decisivo es que el poder de representación es una figura singular, que no es más que legitimación para establecer reglas jurídico negociales para otro por medio de un obrar en su nombre, de modo que esas reglas valgan como suyas».* MORALES HERVIAS, Rómulo, «La irrevocabilidad del poder. A propósito de un inútil debate jurídico», en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, año 7, núm. 54, agosto de 2005, pág. 61. En cambio, el mandato es un contrato con efectos obligatorios a través del cual el mandatario ejecuta un servicio personal, en nombre propio pero por cuenta e interés ajeno. Dado esto, se requiere que se realice un negocio adicional de transmisión de efectos para que el mandante adquiera el derecho materia del mandato. CARNEVALI, Ugo, Voz «Mandato I. Diritto Civile», en *Enciclopedia giuridica*, vol. XIX, Istituto de la enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1990, pág. 2.

(88) Dicha teoría fue formulada por GIERKE en su obra *Die genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*.

(89) «*Nella rappresentanza, il rappresentante imputa al rappresentato gli effetti giuridici degli atti che compie per il rappresentato; nel rapporto organico il titolare dell'organo imputa le intere fattispecie degli atti che compie alla persona giuridica di cui è organo*». SEVERO GIANNINI, Massimo, *Diritto Amministrativo*. Volume primo, *ibid.*, pág. 147.

(90) DE LA VALLINA VELARDE, Juan L., «Sobre el concepto de funcionario de hecho», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 29, mayo-agosto de 1959, pág. 110. En ese mismo sentido: «(...) *Em suma: não se biparte Estado e agente (como se fossem representante e representado) mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois, entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, processada na intimidade de pessoa estatal*». BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *ibid.*, pág. 72. El punto de partida para entender mejor su concepción es que: «(...) un acto de voluntad realizado por ciertos individuos debe ser considerado no ya como una simple manifestación de la actividad de dichos individuos, sino como una manifestación de la vida del ser colectivo». VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo II. Estructura jurídica de la administración*, Buenos Aires, Tipográfica editora argentina, 1950, pág. 528. Siendo ésta el sustrato previo que forma el Estado, el cual se encuentra bajo parámetros establecidos por la constitución.

(91) Tesis configurada por LABAND y seguida por Otto MAYER.

tar derechos de las personas (92), tener la facultad de modificar unilateralmente los contratos, entre otras (93).

Así pues, se han delineado en doctrina ciertas características generales de estas relaciones especiales de sujeción, entre las cuales encontramos: i) Acentuada situación de dependencia. ii) Estado general de libertad limitada. iii) Existencia de una relación personal. iv) Imposibilidad de establecer de antemano extensión y contenido de las prestaciones. v) El hecho de que el individuo tiene que obedecer órdenes, las cuales no necesariamente emanan directamente de Ley. vi) El hecho de que esta situación se explique en razón de un determinado fin administrativo. vii) Alusión a un elemento de voluntariedad en dicha situación de sometimiento. viii) El admitir, expresa o tácitamente, que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de una eficiencia y productividad administrativa (94).

De otro lado, en Francia, luego de la ruptura de las estructuras del antiguo régimen —de manera hostil— se instauró la división de poderes, teniendo al Derecho Administrativo con una configuración distinta al modelo alemán, siendo que se alejó de los conceptos e instituciones civiles para buscar las soluciones a los vacíos o contradicciones surgidos en sí mismo de forma autosuficiente (95).

Así, se concebirá, en primer lugar, una relación de tipo político, en la cual predomina exclusivamente el interés general, partiendo de la concepción que los ciudadanos tenían el *deber* de prestar los servicios que el Estado exigiera, toda vez que aquellos eran los únicos que —en los hechos— podían efectuar las funciones y, en caso se negaran a realizarlas, se pondría en grave peligro el funcionamiento de la administración (96).

---

(92) Léase el tema de incompatibilidades funcionales, la restricción de la sindicación en algunos supuestos. Asimismo, restricciones al contratar y adquirir según lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

(93) Debemos dejar sentado que la concepción de *relaciones especiales de sujeción* no tiene ni límites ni confines pacíficos, toda vez que existen diversos matices en la literatura alemana que trata sobre el tema como OBERMATER, KRÜGER, THIEME, FORSTHOFF, e incluso en líneas semejantes como este último y Wolf GALLEGO ANABITARTE, A., «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la administración», en *Revista de Administración Pública*, núm. 34, enero-abril de 1961, pág. 24. A pesar de esto, para el presente trabajo tal concepto lo enmarcamos dentro de la relación de subordinación *especial* entre el funcionario y el ente estatal.

(94) GALLEGO ANABITARTE, A., *ibid.*, pág. 25.

(95) «(...) *El Derecho Administrativo se establece en Francia por lo tanto, como el derecho de un grupo; ofrece unas características en cierto modo cerradas, y aunque la Administración se sirve en ocasiones del Derecho Civil, el Derecho Administrativo tiende a agotar las exigencias jurídicas de la misma Administración Pública. Este último fenómeno constituye, es verdad, tan sólo una tendencia: pero una tendencia inmanente en el propio ordenamiento administrativo, en virtud de la cual, el Derecho Administrativo como derecho común de la Administración Pública, tiende a regular la totalidad de las relaciones en las que ésta incide*». MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *ibid.*, pág. 30.

(96) MARÍA DÍEZ, Manuel, *ibid.*, pág. 502.

Asimismo, surge otra postura denominada estatutaria (97), la que indica que la situación jurídica del funcionario es objetiva —definida por las leyes y reglamentos—, basada en una relación de poder (98), y que tiene como características —entre otras— que es un acto administrativo unilateral el que nombra a los funcionarios, la regulación es general, detrás existe un interés general protegido (99) y las limitaciones respecto a las condiciones de trabajo que son propias a la administración (100).

En países anglosajones, la teoría que predomina es una de tipo contractual, en la cual el funcionario contrata con el Estado no en un tipo clásico de negociación, sino en forma de adhesión (101), debiendo considerarse las particularidades propias de la administración distintas a las del régimen común (102).

---

(97) «Por relación estatutaria de los funcionarios debe entenderse aquella que se entabla entre aquéllos y la Administración Pública y cuyo contenido, los derechos y obligaciones del funcionario en el seno de esa relación, aparece definido unilateralmente a través de una norma jurídica que puede ser modificada por quien tiene atribuida la competencia suficiente para ello. Evidentemente se trata de un concepto susceptible de ser completado en muchos aspectos (objeto de la relación, forma de constituirse la misma), pero dada la instrumentalidad del concepto ofrecido en relación a la finalidad buscada, parece que lo esencial es poner de manifiesto el modo en que se definen y surgen los derechos y obligaciones del funcionario». MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, Íñigo, *Régimen jurídico de la función pública y el derecho al cargo*, Madrid, Civitas, 1995, pág. 191. Sigue esta posición actualmente: «En nuestra opinión debe aceptarse la teoría estatutaria a que nos venimos refiriendo, ya que parte de una situación real y el agente, en sus relaciones con la administración, tiene los derechos y obligaciones que surgen del estatuto, establecidas en forma unilateral por la misma. Su voluntad no puede intervenir en ninguna forma para modificar el contenido del estatuto, que nace, como dijimos, de un acto unilateral de la administración. En mérito de estas razones entendemos que la relación jurídica del funcionario con la administración nunca puede ser contractual y debe ser, en consecuencia, estatutaria, unilateral». (...) MARÍA DíEZ, Manuel, *ibid.*, pág. 505.

(98) «(...) El funcionario, por su parte, debe aceptar entrar al servicio del Estado. Este contrato no constituye, sin embargo, relaciones jurídicas típicas del Derecho de Obligaciones. El contrato funda una relación de poder, un deber particular de servicio, de obediencia, de fidelidad del funcionario. El incumplimiento de sus obligaciones por parte del funcionario no es un incumplimiento de una "obligación", jurídicamente hablando, sino un delito (Bergen), un delito disciplinario, que se corresponde con la felonía del vasallo, a la que antes se ha hecho referencia». LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *ibid.*, pág. 42.

(99) SERRANO GUIRADO, Enrique, «Los actos del procedimiento de selección de funcionarios», *ibid.*, pág. 117.

(100) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ibid.*, pág. 59.

(101) MARÍA DíEZ, Manuel, *ibid.*, pág. 500.

(102) No obstante el tipo de administración en los países europeos continentales es distinto al de los anglosajones. Ciertas instituciones tienen ciertas semejanzas pudiéndose señalar apreciaciones —en forma general— a diversos sistemas. «La realtà è che l'area dell'autonomia privata delle amministrazioni pubbliche, prese nel loro complesso, non corrisponde all'area dell'autonomia privata dei privati, avendo qualche cosa di più e qualche cosa di meno. Da un lato infatti vi sono degli atti che sarebbero negozi se adottati da un privato e sono invece provvedimenti se adottati da un'amministrazione pubblica

2.3.2. *Continúa...*

En función de exponer mejor nuestra posición ahondaremos en la denominada teoría del órgano. Órgano en doctrina puede entenderse como representación, como fracción o porción perfectamente determinada en la estructura del Estado, o, en un orden puramente expositivo, como instrumento o medio (103). Nosotros adoptaremos como referencia la segunda idea, dado que el órgano no es un sujeto de derecho independiente del Estado —no tiene personalidad jurídica— sino *un ente que forma parte* de su estructura, teniendo en los hechos, funciones delimitadas para su desempeño (104).

En este sentido, el estudio del órgano puede abordarse desde dos planos: uno estático-objetivo y otro dinámico-subjetivo. Con el primero nos referimos a una porción funcional nominada y definida por la constitución o la ley, es decir, una parte determinada en la estructura del Estado, una unidad técnica. En cambio, con el segundo, nos enfocamos en el elemento subjetivo, cuya energía mental y física animan la unidad técnica (105).

Respecto al primer plano, los órganos normalmente estarán constituidos por cargos definidos con funciones determinadas ex-ante por el Estado. Sin embargo, por diversas razones, pueden los órganos aumentar o disminuir competencias según los requerimientos de la función.

De otro lado, cuando un particular ingresa en la Administración Pública, es sujeto de derechos frente al Estado, así como también está sujeto a diversas restricciones. Por lo que dicho individuo tendrá su capacidad de ejercicio restringida —a parte de las limitaciones propias que tiene toda entidad del Estado—, siendo un elemento más que conforma la administración.

Esto es manifestación del segundo plano, en el cual puede encontrarse la distinción, ya mencionada, entre los supuestos de vinculación entre funcionario y administración: interna y externa. Esta última distinción es necesaria de enfatizar a fin de establecer los criterios de imputación en el juicio de responsabilidad. Así por ejemplo, si fuera un tema de representación, los titulares de

---

*autoritativa (p. es. gli atti di destinazione di beni mobili o immobili del patrimonio indisponibile, gli atti per l'attribuzione a terzi di diritti reali parziari su beni pubblici). Dall'altro lato però vi sono negozi che sono amministrazioni pubbliche possono compiere (v. §§ 264 ss.)». SEVERO GIANNINI, Massimo, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè editore, volume secondo, 3.ª ed., pág. 62.*

(103) MÉNDEZ, Aparicio, *La teoría del órgano*. Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Sección III, LVIII, 1949, pág. 11.

(104) En términos de KELSEN podemos simbolizarlo de la siguiente manera: «*Se dice que el árbol florece aun cuando no haya más que una flor en un tallo de una sola de sus ramas; y por pequeño que sea el movimiento molecular que circula a través de esas partículas es siempre el árbol entero el que vive en ellas*». MÉNDEZ, Aparicio, *ibid.*, pág. 46.

(105) MÉNDEZ, Aparicio, «La teoría del órgano», *ibid.*, pág. 19.

los órganos serían directos responsables por los supuestos de error, negligencia y exceso, estando el ente sin responsabilidad alguna (106). Solución distinta plantea —tal como veremos— la llamada teoría del órgano.

El funcionario se encontrará inmerso entonces en una compleja institución, en la cual existen diversidad de órganos —vinculados o no—, los cuales pueden encontrarse en relaciones jerarquizadas o de complementariedad. En ese sentido —a fin de no ampliarnos innecesariamente a efectos del presente trabajo— el registrador ocuparía lo que en doctrina se denomina *órgano simple*. Esta denominación la otorgamos, dado que la función de calificación le corresponde únicamente a un titular, esto es, una sola voluntad humana para el desenvolvimiento de su acción (107). Entonces —en términos de MÉNDEZ—: «*La voluntad orgánica de esta manera se identifica con la acción del hombre que es su sostén, y tanto en su aspecto técnico como material refleja objetivamente ese esfuerzo natural (...)*» (108).

Dicha voluntad se forma a partir de un fenómeno psicológico y analítico personal de los funcionarios, los cuales se materializan al emitirse el acto. Al momento de materializarse el mismo, por la potestad delegada, *muta* está en voluntad del órgano. La mutación de ésta sobre aquélla liberaría al funcionario de toda secuencia de sus actos, como tal.

En principio, si hubiera daño, éste provendría de la organización misma, de la deficiencia estructural o funcional del órgano, y entonces gravitarían los resultados sobre el Estado. Al contrario, si la voluntad psicológica se desborda (exceso de poder) o no se satisface plenamente (omisión), o se desvía con un fin oculto (desviación de poder), recaería sobre el agente la obligación de reparar el daño (109).

La coincidencia entre ambas voluntades es el ideal, sin embargo, en caso de discrepancia, habrá que analizar las situaciones concretas a fin de imputar responsabilidad.

En conclusión, respecto a la vinculación de la administración con el funcionario podemos señalar. El vínculo, en todos los supuestos, se inicia con un contrato (110), toda vez que ambas partes se ponen de acuerdo (111) desplegando ya sea su libertad contractual o de contratar.

La distinción se origina en los efectos particulares que se generan, los cuales podemos sintetizar en dos bajo la teoría del órgano: relaciones internas

---

(106) SEVERO GIANNINI, Massimo, *Diritto amministrativo*. Volume primo, *ibid.*, págs. 147-148.

(107) Somos conscientes que existen personas a su cargo, asistentes y practicantes, pero en función de la toma de decisión, es el registrador el único que decide que título merece inscripción y cual no.

(108) MÉNDEZ, Aparicio, *ibid.*, pág. 32.

(109) MÉNDEZ, Aparicio, *ibid.*, pág. 56.

(110) Entendido como hecho jurídico.

(111) Incluso si se entiende como contrato de adhesión.

y externas. En el primer supuesto, en las relaciones internas se generan derechos y deberes de los funcionarios entendiéndola como una nueva percepción de relación *estatutaria* (112) con aproximación al Derecho laboral. Es decir, el régimen laboral de tipo privado ha distorsionado lo que se entendía la relación estatutaria, sin embargo se mantienen algunas características de aquel régimen.

Esta relación interna influirá en mayor o menor medida, en la denominada relación externa. Si por ejemplo, el vínculo interno es tal en el cual el funcionario se encuentra en un área de normativa dispersa y vasta, con permanente fiscalización, y con una gran carga de trabajo, pero que sin embargo no tiene las condiciones necesarias para desenvolver su labor, esto afectará en el producto de su labor —acto administrativo— pudiendo eventualmente cometer errores.

Así pues, tomando en cuenta esto, habrá que determinar la coincidencia entre la voluntad del individuo con la voluntad de la institución en las labores de *gestión*, a fin de establecer los niveles de vinculación y responsabilidad a los que se encontraría ligado la administración.

## 2.4. EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL PERÚ

### 2.4.1. *Exégesis normativa*

#### 2.4.1.1. Regulación constitucional

En el ámbito constitucional, el funcionario público no tuvo un lugar propiamente dicho hasta la constitución promulgada en 1979, toda vez que las constituciones anteriores, de manera tangencial, reconocían su existencia a partir de obligarles a prestar juramento (113), normas de responsabili-

---

(112) «(...) “el nuevo modelo de relaciones estatutarias”; y que, en su opinión, ofrece “la particularidad de aproximarse al regulado por el Derecho laboral, al permitir, bien que de un modo indirecto, dar entrada a la voluntad de ambas partes: Administración (empleador) y funcionarios (empleados)”. Al origen de esta transformación hay que situarlo principalmente en el reconocimiento por la Constitución de 1978 de los derechos sindicales, de huelga y de negociación colectiva. “Su admisión en la función pública, dice Díez Sánchez, repercute necesaria e inevitablemente sobre el entendimiento de las relaciones estatutarias, en las que introduce elementos que podrían calificarse de distorsionadores, cuando no estimarse incompatibles con el concepto más elemental de esa relación”». ÁLVAREZ RICO, Manuel, y GONZÁLEZ-HABA GUIZADO, Vicente M.<sup>º</sup>, *ibid.*, pág. 313.

(113) Artículo 188 de la Constitución de 1823. *Todo funcionario público, de cualquier fuero que sea, al tomar posesión de su cargo, ratificará el juramento de fidelidad a la Constitución, prometiendo bajo de él cumplir debidamente sus obligaciones respectivamente* (la redonda es nuestra). Artículo 175 de la Constitución de 1828. *Todo funcionario público de cualquier fuero que sea, al tomar posesión de su cargo, ratificará*

dad, obligación de declarar rentas (114), o en algún caso particular señalando quién los supervisa (115).

La Constitución de 1979, en principio, parece hacer la distinción entre dos agentes de la administración: los funcionarios y los servidores públicos (116). Respecto a estos últimos menciona lo referido a su ingreso, derechos y deberes (117).

Al igual que las constituciones anteriores, se requiere la declaración jurada sobre sus rentas y bienes —de los servidores y funcionarios— (118) y el juramento de fidelidad a la constitución (119). Asimismo, se regula tácitamente que los servidores públicos se encontrarían en la carrera administrativa; aunque, en el caso de funcionarios existen limitaciones respecto a los cargos políticos o de confianza (120). De igual forma se aplica a los supuestos de sindicalización y huelga, en forma general a los servidores, y de manera limitada a los funcionarios que ocupan cargos de confianza (121). Finalmen-

---

*el juramento de fidelidad á la Constitución* (la redonda es nuestra). Artículo 179 de la Constitución de 1834. *Todo funcionario público al tomar posesión de su cargo, ratificará el juramento de fidelidad a la Constitución* (la redonda es nuestra). Artículo 184 de la Constitución de 1839. *Todo funcionario público, al tomar posesión de su cargo, ratificará el juramento de fidelidad a la Constitución* (la redonda es nuestra). Artículo 13 de la Constitución de 1856. *Nadie podrá ejercer funciones públicas, ni poseer cargo o beneficio, si no jura cumplir la Constitución* (la redonda es nuestra).

(114) Artículo 22 de la Constitución de 1933. *Todo funcionario o empleado público, civil o militar, si tiene bienes o rentas independientes de su haber como tal, está obligado a declararlos expresa y específicamente, en la forma que determine la ley.*

(115) Artículo 151 de la Constitución de 1920. *La Corte Suprema ejercerá autoridad y vigilancia sobre todos los Tribunales y Juzgados de la República y funcionarios judiciales, notariales y del Registro de la Propiedad, tanto en el orden judicial como en el disciplinario, pudiendo conforme a la ley corregir, suspender y destituir a los Vocales, Jueces y demás funcionarios.*

(116) Artículo 58. *Los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación (...).*

(117) Artículo 59. *La ley regula lo relativo al ingreso, derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos, así como los recursos contra las resoluciones que los afectan (...).*

(118) Artículo 62. *Los funcionarios y servidores públicos que determina la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por él, deben hacer declaración jurada de sus bienes y rentas al tomar posesión y al cesar en sus cargos, y periódicamente durante el ejercicio de estos (...).*

(119) Artículo 63. *Nadie puede ejercer las funciones públicas designadas en la Constitución si no jura cumplirla. El ciudadano que no profesa creencia religiosa puede prescindir de la invocación a Dios en su juramento.*

(120) Artículo 59. (...) *No están comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedad de economía mixta.*

(121) Artículo 61. *Se reconocen los derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos. Esta disposición no es aplicable a los funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza ni a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales.*

te, se establecen ciertas restricciones a partir de incompatibilidades exceptuando la función docente (122).

La Constitución de 1993, con algunos matices, recoge en sustancia lo mismo que su antecesora. La distinción entre los agentes lo realiza en función de los funcionarios y los trabajadores públicos (123), aunque en los artículos siguientes se refiere a los servidores públicos. Respecto a estos últimos recoge nuevamente lo referido a su ingreso, derechos y deberes (124). Asimismo, copia el requerimiento de la declaración jurada sobre sus rentas y bienes de los funcionarios y servidores (125).

De forma expresa, a diferencia de su antecesora, se norma que los servidores públicos se encuentran en la carrera administrativa, aunque, tal cual se vio líneas atrás, en el caso de funcionarios existen restricciones respecto a los cargos políticos o de confianza (126). En lo referente a la sindicalización y huelga, la regulación es la misma que la Carta Magna de 1979 (127). Finalmente, se establecen ciertas restricciones a partir de incompatibilidades, exceptuando la función docente (128).

Siendo este el panorama constitucional, podemos obtener algunas ideas: i) A partir de la constitución de 1979 recién, se recoge propiamente una regulación que incluya a los funcionarios. ii) No obstante esto, lo regulado actualmente es insuficiente (129). iii) Lamentablemente, la técnica legislativa

---

(122) Artículo 58. (...) *Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.*

(123) Artículo 39. *Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación (...).*

(124) Artículo 59. *La ley regula lo relativo al ingreso, derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos, así como los recursos contra las resoluciones que los afectan (...).*

(125) Artículo 41. *Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley (...).*

(126) Artículo 40. *La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza (...).*

(127) Artículo 42. *Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.*

(128) (...) *Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.*

(129) Véase cómo ordenamientos foráneos, regulan adicionalmente el tipo de vínculo que mantiene la administración con los funcionarios. Artículo 18 de la Constitución española. *Las bases de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen*

no es la mejor, toda vez que ciertos conceptos se manejan indistintamente, teniendo acepción distinta. iv) No existe propiamente una definición de modelo adoptado de forma exclusiva, sino ciertas características que son propias de ambos modelos, de lo cual se inferiría que estamos constitucionalmente —si bien de manera general— en un modelo mixto.

#### 2.4.1.2. Regulación infraconstitucional

A fin de entender un poco mejor nuestra regulación vigente, pretendemos realizar un breve *excursus* normativo infraconstitucional con la intención de revisar cuál ha sido y cuál es la posición del funcionario en nuestro ordenamiento.

El Decreto Ley, número 11377 de 16-6-1950 (130), «Ley del Estatuto y Escalafón del Servicio Civil» (131), fue la primera norma que recoge de manera integral una regulación sobre trabajadores de la Administración Pública en el Perú (132).

Tal cual se señala en los considerandos de dicha norma, uno de los objetivos esenciales fue el institucionalizar la Administración Pública para ha-

---

estatutario de sus funcionarios *que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas* (la redonda es nuestra). De igual manera, artículo 103. (...) 3. *La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones* (el énfasis es nuestro).

(130) Sólo a manera de referencia debe señalarse que antecedentes normativos lo podemos encontrar en la Ley 8801 del 26-12-1938: «*Creación de la Dirección General de Escalafón Civil y Listas Pasivas*», siendo posteriormente promulgado su Reglamento (1939). En un primer momento dicha dirección fue dependencia del Ministerio de Hacienda, siendo que luego se dispuso pasara al Ministerio de Justicia. En 1947 se cambió su denominación a «*Dirección General del Servicio Civil y Pensiones*».

(131) El cual fue reglamentado por el Decreto Supremo núm. 522 del 26-7-1950.

(132) Normas anteriores a la misma son, por ejemplo, la Ley de responsabilidad de funcionarios de 1868, la Ley de 22-1-1850, la cual parte por una definición genérica de empleado público. Asimismo, el D.S. de 31-08-1944 (que aclaró la Ley núm. 8435) se sigue con un uso del término *funcionario* de manera lata, a fin de incluir para los beneficios a cierto grupo de servidores, siendo esto expuesto en su parte considerativa segundo acápite la cual señaló: «*Que el término “funcionario” no excluye a quienes desempeñan funciones subalternas consideradas en el Presupuesto General de la República cuyo nombramiento emana del Gobierno en forma de resolución suprema y tienen efecto por término indefinido como en el caso de los porteros, portapliegos, conserjes, choferes, y otros servidores del mismo carácter, los que, en consecuencia deben gozar de los beneficios de la ley de jubilación, cesantía y montepío*».

cerla independiente del poder político (133), estableciendo las obligaciones y garantías de los funcionarios públicos.

Este régimen fue administrado centralizadamente por una repartición del Ministerio de Justicia (134), función que fue posteriormente asignada al Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) en 1973 (135).

En lo referente a su regulación, el artículo 1 de dicho Decreto define de manera general al empleado público enfocándose en que realice labores en la administración y que sea remunerado (136). Luego el artículo 6 clasifica a los empleados en cinco clases: de carrera, a contrata, adscritos, de servicio interno, con poder de decisión y de confianza (137), siendo interesante que a los primeros se les concede el hacer carrera pública (138).

Adicionalmente, dicha norma regula el tema de ingreso, ascenso, derechos y deberes, limitaciones (139), entre otras cosas, asemejándose a un modelo cerrado o europeo continental, tal cual revisamos antes, siendo que la relación parece ser de tipo estatutario, estando el empleado (funcionario) en un estado de subordinación frente a la administración.

Luego se promulgaron el Decreto Legislativo 276, «Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público» y su Regla-

---

(133) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge E., «Regulación jurídica de la función pública en el Perú», en *La profesionalización de la función pública en Iberoamérica. Informes y documentos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, pág. 208.

(134) Artículo 106. *El Ministerio de Justicia y Culto quedará encargado de dictar la Reglamentación y disposiciones de detalle que sean necesarios, para dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en el presente Estatuto.*

(135) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge E., *ibid.*, pág. 209.

(136) Artículo 1. *Considérase Empleado Público a toda persona que desempeñe labores remuneradas en las Reparticiones del Estado.*

(137) Artículo 6. *Se consideran cinco clases de Empleados Públicos:*

a) Empleados de carrera, aquellos cuyos cargos o empleos tengan carácter estable y cuya situación esté expresamente indicada en el presente Estatuto.

b) Empleados a contrata, los que desempeñan cargos de carácter transitorio.

c) Empleados adscritos, los que desempeñan el cargo de Secretario Asesor u otro cargo de confianza, técnico o político, cerca de altos funcionarios públicos; y

d) Personal de servicio interno, constituidos por los porteros, portapliegos, choferes, ascensoristas y demás servidores manuales que realicen labores de naturaleza análoga con plaza de presupuesto en una Repartición del Estado.

e) *Los cargos con poder de decisión y de confianza previstas por el Artículo 61 de la Constitución Política, se especificarán mediante Decreto Supremo (sic).*

(138) Artículo 7. *La función de los empleados públicos, a que se refiere el inciso a) del artículo 6, constituye Carrera Pública, con los derechos y obligaciones que acuerda el presente Estatuto.*

(139) Al parecer dicho dispositivo limita a los funcionarios la posibilidad de formar sindicato e ir a la huelga. Artículo 49. *Los empleados públicos podrán asociarse sólo con fines culturales, deportivos, asistenciales o cooperativos. Dichas asociaciones están prohibidas de adoptar la denominación u organización propia de los Sindicatos, de adoptar las modalidades de acción de estos organismos, de ejercer coacción en sus peticiones y de recurrir a la huelga.*

mento aprobado por D.S. 005-90-PCM (140). Ambos dispositivos fueron dirigidos, según sus considerandos, a establecer la base del sistema único de remuneraciones (141) y dar nuevo impulso a la carrera pública enfatizando la labor de los servidores (142).

Ambas normas tienden al modelo europeo continental, en el sentido que buscan personal idóneo garantizando su permanencia, promoviendo su desarrollo personal en el desempeño de su labor (143), retribuyendo equitativamente, entre otras cosas (144).

Asimismo, el sujeto en el que gira el texto es el servidor público, aunque el texto no precisa el alcance del servidor como tal, sino en función de excluir a ciertos grupos de la carrera administrativa (145). Luego, dentro del mismo texto, se utilizan los términos servidores y funcionarios sin la precisión si estamos ante un tipo distinto del servidor —razón por la cual no tendría razón su regulación en la presente norma— o una clase de servidor (146).

---

(140) Aunque el Reglamento inicial fue por D.S. núm. 018-85-PCM.

(141) Facultad delegada del congreso al ejecutivo según el artículo 56 de la Ley 23724.

(142) En ese sentido el artículo 1 D. L. 726 señala: «*Carrera Administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública (...)* (la redonda es nuestra).

(143) Artículo 1 del Decreto Legislativo 276. (...) *Tiene por objeto permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público (...)*.

(144) Debe tomarse en cuenta que el artículo 4 del Decreto Legislativo, el cual menciona principios de la carrera administrativa: Artículo 4. *La Carrera Administrativa es permanente y se rige por los principios de:*

- a) Igualdad de oportunidades.
- b) Estabilidad.
- c) Garantía del nivel adquirido; y
- d) *Retribución justa y equitativa, regulada por un sistema único homologado.*

(145) Artículo 2. *No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable.*

*No están comprendidos en la Carrera Administrativa ni en norma alguna de la presente Ley, los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica.*

(146) Artículo 54. *Son beneficios de los funcionarios y servidores públicos: a) Asignación por cumplir veinticinco o treinta años de servicios: (...)* (la redonda es nuestra). Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final. *Los funcionarios y servidores públicos comprendidos en regímenes propios de Carrera, regulados por Leyes específicas, continuarán sujetos a su régimen privativo, no obstante lo cual deben aplicárseles las normas de la presente Ley en lo que no se opongan a tal régimen.*

*Dichos funcionarios y servidores no podrán tener otro tipo de remuneraciones, bonificaciones y beneficios diferentes a los establecidos en la presente Ley. Por Decreto*

Posteriormente, mediante el D.S. número 005-90-PCM. «Reglamento de la Carrera Administrativa», se trató de precisar las carencias del Decreto Legislativo antes descrito. En ese sentido se delimitan los conceptos de la siguiente manera: por servidor público se entenderá al sujeto que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o con contrato de autoridad (147); y por funcionario, al ciudadano elegido o designado por autoridad competente para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los órganos con autonomía (148).

Dicha precisión terminológica podría complicar aún más el intento de distinción en las normas mencionadas, toda vez que en la primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Legislativo, se menciona que pueden existir *funcionarios* y servidores en el régimen de carrera. Asimismo, en sentido contrario, el artículo 2 excluye de la carrera pública sólo a los funcionarios que tienen cargos políticos o de confianza, dejando la posibilidad que otro tipo de funcionarios puedan acceder a la carrera pública.

Ahora bien, según el artículo 12 del Decreto Legislativo, para el ingreso en la carrera administrativa se requiere concurso público. Entonces, si sólo por concurso público se ingresa a la carrera pública, la definición de funcionario, dada por el Reglamento, los excluiría de la misma, toda vez que la selección de los mismos se hace por elección o designación (149). Asimismo, dicha distinción es expuesta a la inorgánica regulación sectorial, las cuales adoptan distintos criterios para su clasificación (150).

---

*Supremo y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros se regulará anualmente las remuneraciones correspondientes a cada carrera específica. El personal obrero al servicio del Estado se rige por las normas pertinentes (la redonda es nuestra).*

(147) Artículo 3 del Reglamento.

(148) Artículo 4 del Reglamento. Asimismo, esto debe complementarse, entre otras normas, con la Ley 27594, la cual regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos.

(149) Téngase en cuenta que el Reglamento Inicial D.S. 018-85-PCM no tenía el mismo tenor, sin embargo, tampoco solucionaba la ambigüedad señalada antes. Decreto Supremo número 018-85-PCM. Artículo 4. *Cada Nivel de Carrera tiene como atributos los siguientes: un nivel de remuneraciones, reconocimiento formal del nivel alcanzado, desempeño de cargos compatibles con el nivel y oportunidades de capacitación. Los atributos de cada nivel son inherentes al servidor que lo alcanza.*

Artículo 5. *El servidor público está al servicio de la Nación. Se considera servidor público de carrera al ciudadano en ejercicio que presta servicios en las entidades del Estado dentro de la jornada legal, con nombramiento de autoridad competente y cumpliendo las formalidades de Ley.*

(150) Fíjese la heterogeneidad de conceptos con la Ley del Sistema Nacional de Control número 26162, la cual señala: «*Servidor o funcionario es para los efectos de esta Ley, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con las entidades comprendidas en el artículo 3.º de la presente Ley, y que en virtud de ello ejercen funciones en las*

Finalmente debe tomarse en consideración que la función pública trasciende a la denominada carrera pública, dado que ésta sólo es parte formal de aquélla, por lo cual los criterios de distinción expuestos en la norma nos parecen inadecuados (151).

Este esquema de la década de los ochenta burocratizó la Administración Pública (152), por lo que en la década de los noventa se redujo abruptamente el personal. En ese sentido, si bien pervive actualmente el Decreto Legislativo 276, se han promulgado normas que han *laborizado* (153) la Administración Pública, lo cual ha trastocado la denominada carrera pública (154).

---

*entidades comprendidas en el artículo 3.º de la Ley».* De igual modo esto puede notarse en la Directiva número 003-2003-CG/AC de la Contraloría General de la República: «*Normas de Transparencia en la Conducta y Desempeño de los Funcionarios y Servidores de la Contraloría General de la República y de los Órganos de Control Institucional*» y en el Código Penal, artículos 376, 377, 379, entre otros.

(151) En ese sentido, compartimos la opinión de un autor nacional que señala: «*En el Perú el régimen legal es materia de voluntad del legislador y no de la naturaleza de la función, lo que explica que por la sola disposición de la ley, los funcionarios y servidores de instituciones administrativas rigen su situación en relaciones de Derecho Laboral*». GUERRA CRUZ, Guillermo, *Función pública. El personal al servicio del Estado*. Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego de Trujillo, 1994, pág. 23.

(152) «*El incremento de la burocracia no necesariamente conllevó a una mayor eficiencia en la administración, sino por el contrario, siendo los resultados una administración lenta, ineficiente y corrupta, asemejándose a la denominada Ley de Gresham “en un mercado donde existen dos monedas, la mala desplaza a la buena”*». PATRÓN FAURA, Pedro, y PATRÓN BEDOYA, Pedro, *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*, Lima, Grijley, 8.ª ed., 2004, 185.

(153) «*La laborización, como parte del proceso despublicador, es propia de aquellos países cuyos gobiernos buscan deshacerse, a cómo de lugar, de las mayores exigencias impuestas por el régimen estatutario para el resguardo del interés público; pero que desgraciadamente, lo hacen olvidando que la eficiencia es algo más que lo cuantitativo ya que al asumir el régimen laboral se niega un aspecto cualitativo sustancial de la relación cual es el principio de jerarquía administrativa con el cual es posible ejercer una potestad disciplinaria sobre los agentes públicos (multas, sanciones, suspensiones) que contiene aspectos que difícilmente pueden abarcarse mediante una relación sujeta a los regímenes civil o laboral*». HERRERA GUERRA, Carlos A., *La despublicación del Derecho Administrativo. El por qué y el cómo de la orfandad del administrado y usuario*, Lima: Instituto Peruano de Estudios sobre Administración Pública y el Estado, 2004, pág. 52.

(154) Sin embargo, no debe perderse de vista que el hecho que se laboralice la Administración Pública: «*(...) no enerva, no obstante, las exigencias insalvables que, para toda la función pública, derivan, por un lado, de la Constitución —v.gr.: principios de igualdad, de mérito, capacidad y publicidad en la selección del personal—, y, por otro, de la irrenunciable posición que ocupa la Administración como gestora del interés público*». RODOLFO COMADIRA, Julio, «*La profesionalización de la Administración Pública*», en *La profesionalización de la función pública en iberoamérica. Informes y documentos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, págs. 17-18.

Muestra de ello es la Ley 28175: «Ley Marco del Empleo Público», la cual parte por clasificar al empleado público en: funcionario público, empleado de confianza y servidor (155).

El primero tiene su origen en el tipo de función política y se clasifica según la forma de ingreso, ya sea elección popular (v.g., congresistas), nombramiento regulado (v.g., miembros del Tribunal Constitucional), libre nombramiento (v.g., Ministros). El segundo tiene su origen en la confianza que le brinde su superior y se mantiene en el cargo hasta que se le retire la misma. Finalmente, existen los denominados servidores públicos.

Estos agentes están divididos en directivo superior, el ejecutivo, el especialista y el apoyo, los cuales se encuentran subdivididos —excepto el pri-

---

(155) Artículo 4. Clasificación:

El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:

1. Funcionario público. El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas.

El Funcionario Público puede ser:

- a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria.
- b) De nombramiento y remoción regulados.
- c) De libre nombramiento y remoción.

2. Empleado de confianza. El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5 por 100 de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República, esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento.

3. Servidor público. Se clasifica en:

a) Directivo superior. El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano, programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno.

A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10 por 100 del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional.

Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley.

b) Ejecutivo. El que desarrolla funciones administrativas, entiéndese por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutivas, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional.

c) Especialista. El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional.

d) De apoyo. El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento. Conforman un grupo ocupacional.

mero— en diversos grupos ocupacionales, teniendo como mecanismo de ingreso el concurso público (156). Entre el primer y el último no existe mayor discusión en su naturaleza, dado que el directivo ejerce función de dirección en programas o proyectos, supervisión de empleados, elaboración de políticas administrativas, entre otras. En cambio, el servidor realiza labores de apoyo o auxiliares a fin de colaborar con los otros agentes de la institución.

Cierta ambigüedad, sin embargo, encontramos entre el servidor ejecutivo y el especialista, toda vez que en principio los cuatro tipos de servidores realizan labor administrativa (siendo que, por definición, en el especialista se le negaría). Asimismo, un servidor ejecutivo podría ejecutar labores en servicios públicos, así como el especialista podría apoyar en labores de fe pública, fiscalización, entre otros.

En conclusión, tal como puede deducirse, la clasificación no tiene un criterio único y definido, si no por el contrario existe diversidad de los mismos. En ese sentido, mediante Disposición Transitoria, Complementaria y Final (157), se ha dispuesto recibir propuestas legislativas con el objetivo de desarrollar y precisar la normativa, las cuales a la fecha no han clarificado el panorama confuso de la presente legislación.

Finalmente, antes de ingresar al tema del registrador debemos indicar que si bien haremos la referencia según la ley marco empleo público, nos mantenemos en el criterio de distinción del denominado funcionario en relación a la recepción de las potestades públicas (158). La ley Marco del Empleo Público podría clasificarlos como servidor —ejecutivo o especialista— no coligiéndose contradicción alguna con lo manifestado por nosotros, dado que los criterios son distintos, no importando el *nomen* sino la idea que existe detrás de la figura.

---

(156) Artículo 5. Acceso al empleo público

*El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.*

*En nuestra opinión dicho artículo sólo es aplicable, según la norma, a los servidores públicos, dado que los otros agentes tienen distintos mecanismos de ingreso.*

(157) Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley número 28175. *En el plazo de ciento veinte (120) días contados a partir de la publicación de la presente Ley, el Poder Ejecutivo remitirá al Congreso de la República las propuestas legislativas sobre:*

1. Ley de la carrera del servidor público.
2. Ley de los funcionarios públicos y empleados de confianza.
3. Ley del sistema de remuneraciones del empleo público.
4. Ley de gestión del empleo público.
5. *Ley de incompatibilidades y responsabilidades.*

(158) PIRAS, Aldo, Voce: «Discrezionalità amministrativa», en *Enciclopedia del diritto*, núm. XIII. VARESE, Dott. A. Giuffrè ed, 1964, pág. 78.

### 3. EL REGISTRADOR PÚBLICO

#### 3.1. IDEAS GENERALES

En la década de los noventa, con la liberación económica del Estado y la desburocratización del mismo, se buscó —entre otras cosas— crear un Estado eficiente, en el cual el personal se encuentre lo suficientemente capacitado para cumplir sus funciones. En sede registral, dicho cambio se reflejó en la Ley número 26366: «*Ley de Creación del Sistema Nacional y la Superintendencia de los Registros Públicos*».

La revisión del Informe Final (11-7-1994), Proyecto de Análisis, Planeamiento y Ejecución de Políticas (PAPI) —solicitado por el Ministerio de Justicia— nos mostró en su diagnóstico un registro desintegrado, con carencia en la información y capacitación del personal, ausencia de uniformidad de criterios, falta de interconexión, entre otros temas.

En ese sentido, la SUNARP ha ido dando directivas —a lo largo de la última década— a fin de solucionar dichos problemas, sin embargo, el escenario va evolucionando y complejizándose, por lo que se generan nuevas situaciones que deben preverse y afrontarse.

Seguramente, el usuario que haya utilizado el sistema registral en la década de los noventa, notará los avances sustanciales que ha tenido la institución. Sin embargo, en la actualidad eso es insuficiente, por nuevos escenarios que se han presentado, por lo que la institución, a través de sus funcionarios, debe brindar mayor celeridad sin dejar de lado la seguridad.

En este sentido, toda vez que la intención de la presente investigación es analizar si es que el registrador es responsable por los errores que cometa en su calificación, es necesario aproximarnos a su realidad a fin de conocer algunos aspectos que influyen en su labor. Asimismo, a modo de referencia, revisaremos la posición que tiene el registrador en los diversos ordenamientos, así como sus antecedentes en el Perú y su regulación actual. Tema necesario para ubicarnos mejor es describir sucintamente la estructura de los Registros Públicos en nuestro país, y la ubicación de éste en nuestro ordenamiento jurídico.

#### 3.2. EL REGISTRADOR PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO

La bibliografía encontrada sobre el registrador en los diversos ordenamientos es escasa en sede nacional, por lo que a continuación sólo abordaremos propiamente dos países: Alemania y España.

### 3.2.1. Alemania

En el régimen alemán, la ordenanza de 1897, en su primitiva versión, sólo había determinado que los libros registrales fuesen llevados por registradores, dejando al arbitrio de los respectivos ordenamientos territoriales el nombramiento de aquellos y la designación de las competencias respectivas (159).

Luego, con la ordenanza 1935, con alcance general para toda Alemania, se ha establecido que los Registros fuesen llevados por los Juzgados de Primera Instancia (160).

PAU PEDRÓN nos informa que hasta hace algunas décadas el registro se encomendaba a los jueces territoriales de primera instancia, pero eso cambió con la promulgación de la *Rechtspflegengesetz* o Ley sobre Administración de Justicia de 5-11-1969, dado que ahora las funciones registrales están encomendadas a los *Rechtspfleger* (161), «administradores de justicia», «funcionarios de la administración judicial con ciertas funciones en la jurisdicción voluntaria» (*Creifelds*) (162).

Al igual que en otros países, para acceder a este cargo se necesita preparación de por lo menos tres años con cursos especializados sobre la materia.

### 3.2.2. España

Tal como se revisó previamente, en el siglo XIX la labor de los funcionarios fue muy cuestionada, y eso alcanzaba a los registradores. En el pro-

---

(159) PAU PEDRÓN, Antonio, «Panorama del sistema inmobiliario alemán», en *RCDI*, núm. 551, 1982, pág. 961

(160) ORDENANZA INMOBILIARIA ALEMANA, DE 24 DE MARZO DE 1897, REDACTADA DE NUEVO EL 5 DE AGOSTO DE 1935.

Sección I. Disposiciones Generales:

1. El Juzgado de Primera Instancia como Oficina registral; competencia:

1) *Los libros registrales serán llevados por los Juzgados de Primera Instancia (Oficinas registrales). Estas son competentes respecto de las fincas que estén en su circunscripción.*

2) Si una finca radica en la circunscripción de diversas Oficinas registrales, la Oficina competente se determinará según el parágrafo 5 de la Ley sobre Actos de Jurisdicción Voluntaria.

3) *La competencia objetiva de los funcionarios registrales y la organización y llevanza de los libros registrales se determinan, en cuanto no esté regulado en esta ley, por las disposiciones del Ministerio de Justicia.*

(161) Hay que hacer la acotación que a pesar de las facultades delegadas a dicho funcionario, se deberá acudir en consulta en ciertos casos que enumera la *Rechtspflegengesetz* al juez de primera instancia.

(162) PAU PEDRÓN, Antonio, *ibid.*, pág. 962.

yecto de Código Civil de 1836 se regulaba la labor de los tenedores de los Registros (163).

Toda vez que comienzan a realizarse las reformas en la Administración Pública, surgiendo espontáneamente cuerpos de funcionarios que buscaban solucionar el tema de la ineficiencia, la Ley Hipotecaria de 1861 buscó enmendar dicha situación reconociendo la importancia de la labor registral exigiendo, por tanto, una mayor formación para los aspirantes a los cargos (164), tratando de formar una especie de carrera facultativa en la Dirección general que se ha de establecer en Madrid, siendo sus bases constitutivas la oposición para el ingreso, la inamovilidad en el cargo y la antigüedad para el ascenso (165).

---

(163) Artículo 1.789 del proyecto de Código Civil de 16-11-1836: «*El encargado del Registro de Hipotecas está obligado a entregar a cualquier interesado que se las pida copias de los contratos en que haya habido toma de razón o bien un certificado en el que conste no haberse verificado ninguna*».

Artículo 1.883 de proyecto de Código Civil de 12-6-1851: «*El Tenedor del Registro examinará los títulos por el orden que le hayan sido presentados y concluido el examen inscribirá bajo su responsabilidad únicamente los que estuvieran arreglados a la ley*».

Artículo 1.884 del Proyecto de Código Civil de 1851: «*Si el Tenedor del Registro advierte en el título algún defecto subsanable suspenderá la inscripción (...) Si entiende que debe rehusar definitivamente la inscripción lo anotará en el libro de Presentación*».

Asimismo, debe señalarse la adscripción desde el comienzo de los registradores al Ministerio de Gracia y Justicia y no al Ministerio de Hacienda. «*La Ley de bases de la Ley Hipotecaria de 11-2-1858 insistió mucho y así se reflejó en la base 5.ª; en la necesaria y exclusiva dependencia de los Registradores del Ministerio de Gracia y Justicia, sin perjuicio de la adopción de las medidas necesarias en cuanto a la exacción por los registradores de los impuestos establecidos o que establecieren sobre los actos sujetos a inscripción*». GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «Análisis histórico de la calificación registral», en *La calificación registral. Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral*. GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier (Editor), Madrid: Civitas, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Tomo 1, 1996, pág. 191.

(164) El señor Permanyer en nombre de la Comisión precisamente aclaró cómo los escribanos obtuvieron sus nombramientos cuando ya estaba anunciada la reforma hipotecaria, con lo que ya supieron que en lo sucesivo se exigiría ser letrado para ser Registrador. E incluso dice: «*Lo característico del sistema que representa la nueva Ley Hipotecaria es que son muy difíciles, son muy elevadas las atribuciones que de hoy en adelante están llamados a desempeñar los registradores; será éste en lo sucesivo un cargo delicadísimo, ya por las relaciones íntimas que tiene el nuevo régimen hipotecario con casi todas las instituciones del derecho civil, ya por las innovaciones que en el mismo derecho civil se han introducido por la nueva ley (...). En vista de todo esto se ha llegado a decir, y es una gran verdad, que el cargo de Registrador de hipotecas vendría a ser desde hoy una verdadera magistratura. Y si esto es así, ¿no se comprende ya desde luego, sin que tenga yo necesidad de esclarecerlas, las razones que hacen indispensable exigir a los que van a ser registradores que van a desempeñar tan alta magistratura mayores garantías de aptitud que las que se han exigido hasta hoy cuando el cargo de contador se confiaba a un escribano?*» GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, *ibid.*, págs. 188, 189.

(165) PAREJA DE ALARCÓN, F., «Planteamiento de la Ley Hipotecaria» (tomado del Faro Nacional, núm. 182, de 12-3-1861, pág. 113), en GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier

En ese sentido, de los secretarios de ayuntamiento y de los escribanos (166), la Ley de 1861 (167) exigió, en principio, para acceder al cargo, el ser abogado, siendo que luego en 1869 se instauró en forma definitiva el sistema de oposición para el acceso al cargo de registrador.

Actualmente, los registradores están constituidos bajo la técnica organizativa de los *officiers ministeriels* «profesionales oficiales» (168), que le dan una mayor autonomía y su correlativo de responsabilidad (169), accediendo mediante un procedimiento que se denomina oposición, el cual tiene una duración de aproximadamente de cuatro a ocho años, en el que se

---

(Editor), Madrid, Civitas. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Tomo 1, 1996, pág. 200.

(166) En la Pragmática de 1768: «*Los oficios están a cargo de los “Escribanos de Cabildo”, o sea, de “los Escribanos de Ayuntamiento”. Por tanto, está por un lado, el escribano propiamente dicho, que es el que autoriza los instrumentos y tiene su protocolo; y por otro lado, los Escribanos de Ayuntamiento, que son los encargados de la toma de razón en los Oficios. Estos últimos han de ser nombrados por la “Justicia y Regimiento de las Cabezas de Partido, precediendo las fianzas correspondientes de su cuenta y riesgo”. En cuanto a las sanciones, corresponde a la “Justicia Ordinaria del Pueblo, al Corregidor o Alcalde mayor del Partido, y al Juez en cuya Audiencia se presente el Instrumento”*». GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid, Civitas, Tomo 1, 1999, págs. 174-175.

(167) «*Con ello aparece el Registro y el Registrador de la Propiedad como figuras separadas de la Administración General, configuradas sui generis y relacionadas con el ámbito cuasijudicial de la jurisdicción voluntaria. En todo caso la Ley Hipotecaria de 1861 pretende también separarse del sistema francés en el que, desconociendo los importantes aspectos civiles, la institución registral quedaba desnaturalizada*». GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *ibid.*, págs. 204-205.

(168) La fórmula de la profesión oficial respondió a las exigencias del liberalismo económico en el que nace el Estado moderno, y que obligaba a delegar a los particulares el mayor número posible de actividades, pagar con tasa y no con tributos y presupuestos los servicios públicos divisibles y relegar al último lugar la aplicación de la fórmula burocrática estricta de la relación funcional. PARADA VÁSQUEZ, José Ramón, «Los Registradores de la Propiedad (a propósito de la presentación del Libro *Práctica Hipotecaria*)», en *La Calificación Registral (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral)*. FRANCISCO JAVIER (Editor), Madrid, Civitas. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Tomo 1, 1996, págs. 52-53.

(169) «*El Registrador, por otra parte, califica bajo su responsabilidad no sólo patrimonial, sino técnica; y si la responsabilidad se le impone, debe dársele también los medios para evitarla cuando crea que puede incurrir en ella. Esta responsabilidad lleva inevitablemente a la contrapartida de la autonomía de calificación. Al igual que el Juez, el Registrador no puede estar condicionado en su decisión por la opinión de ningún otro compañero ni por la de muchos ni siquiera por la suya propia anterior, así lo han reconocido reiteradas resoluciones de la Dirección General, por ejemplo la de 18 de noviembre de 1960, 5 de diciembre de 1961 y otras y aunque es lógico, la propia Dirección dice que la calificación debe ser seria y no plantear cuestiones intrascendentes o conducir a una encubierta huelga de celo*». VIDAL FRANCÉS, Pablo, «La problemática actual en la calificación registral», en *La calificación registral. Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral*. GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER (Editor), Madrid, Civitas, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Tomo 1, 1996, pág. 287.

evalúan diversas materias a partir de enfoque teórico y práctico, de forma oral y escrita, siendo que al final de su preparación deben rendir su evaluación frente a un Tribunal (170).

Tal cual lo afirmó PARADA VÁSQUEZ, la fórmula de la profesión oficial respondía —y responde actualmente— a las exigencias del liberalismo económico en el que nació el Estado moderno, y que obligó —y obliga— a dejar en manos de los particulares el mayor número posible de actividades, pagar con tasa y no con tributos y presupuestos los servicios públicos divisibles y relegar al último lugar la aplicación de la fórmula burocrática estricta de la relación funcionarial. Así pues, el modelo de la profesión oficial es el fruto de un compromiso que permitía y permite, en mayor medida que la concesión de servicio, compatibilizar el control público de la profesión mediante la selección y vigilancia de las personas encargadas de ejercerla, con la eficiencia que supone la gestión privada movida entre el riesgo y el ánimo de lucro de modo análogo a como se produce en la concesión de servicio público (171). En esos parámetros —más amplios que en nuestra sede— se desarrolla la labor del funcionario, lo cual le permite desarrollar su labor como una empresa, la cual tiene los incentivos necesarios para realizar su labor de una manera eficiente.

### 3.3. EL REGISTRADOR PÚBLICO EN EL PERÚ

#### 3.3.1. *Antecedentes legislativos de los Registros en el Perú y del Registrador Público*

Antecedentes a la era republicana los encontramos en la Pragmática de 1539 y de 1768, los cuales, si bien no se aplicaron debidamente en nuestro país, fueron el marco legislativo existente. Luego de la independencia, se difundió el Proyecto de Código Civil, el Proyecto de Código Civil de don Manuel Lorenzo de Vidaurre (1835) y se promulgó el Código Civil de 1852. En 1868 el doctor Francisco García Calderón emite un informe sobre el Banco de Crédito Hipotecario y Leyes Hipotecarias en el año 1868. El 2-5-1888 se promulga la primera norma consolidada que regula temas hipotecarios, siendo complementada por las Leyes de 25-11-1892, 10-1-1899, 27-12-1895, y el Reglamento Orgánico de los Registros de la Propiedad Inmueble de 11-3-1911.

---

(170) GÓMEZ GALLIGO, Javier, *Revista de Registradores de España*, núm. 42, enero-febrero, III época, pág. 19.

(171) PARADA VÁSQUEZ, José Ramón, «Los Registradores de la Propiedad (a propósito de la presentación del Libro *Práctica hipotecaria*)», *ibid.*, págs. 52-53.

Así pues, la Ley de 1888, en su artículo 1, estableció que el Registro de la Propiedad Inmueble se encontraba bajo la dirección e inspección del Poder Judicial (172). Asimismo, en el ámbito subjetivo, señala los requisitos necesarios para que se pueda acceder al cargo de registrador, indicando que debe prestar las mismas calidades personales y las mismas garantías que los secretarios de cámara de las cortes superiores (173).

El Reglamento de 1905 en su artículo 6.º dispone la existencia de una Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble en la capital bajo la inmediata dependencia de la Junta de Vigilancia.

En lo concerniente a los registradores, dicho reglamento señala que la elección de éstos es por nombramiento de la Junta de Vigilancia a propuesta del Director General (174), luego de lo cual —a fin de tomar posesión de sus cargos, deben prestar garantía hipotecaria (175)—. Asimismo, entre otras cosas, se señalan las incompatibilidades (176) de la labor del Registrador.

Si bien la norma pudo tener una serie de errores e imprecisiones, en el tiempo fue beneficiosa para el país, tal cual lo manifiesta BALAREZO: «(...) *En 1921 se habían inscrito 24.876 propiedades urbanas y 21.398 propiedades rústicas. Puede calcularse en un 40 por 100 la parte de la propiedad que está bajo el régimen del Registro, siendo mayor la proporción en las propieda-*

---

(172) No obstante esto, por Ley de 25-11-1892 se reemplazó a la Excma. Corte Suprema con una Junta de Vigilancia.

(173) Sin embargo, en provincias se reduce la exigencia, asumimos por la poca preparación que en ese tiempo pudiesen tener los sujetos, toda vez que luego de la guerra con Chile y España, adicionalmente con las guerras civiles, el agro fue abandonado y la mayoría de personas con ciertos recursos venían a la capital. Artículo 18 de la Ley de 1888. *Los encargados del Registro de la Propiedad, en las capitales de Departamento, deben reunir las mismas calidades personales y prestar las mismas garantías que la ley exige a los Secretarios de Cámara de las Cortes Superiores. En los de las provincias bastarán las requeridas para ser escribanos públicos.*

(174) Artículo 32 del Reglamento de 1905. *Los Registradores serán nombrados por la Junta de Vigilancia, á propuesta en terna sencilla del Director General, acompañándose los documentos que comprueben que los propuestos tienen las calidades designadas en el artículo anterior.*

(175) Artículo 33. *Los Registradores no podrán tomar posesión de sus cargos, sin prestar garantía hipotecaria por la suma que señale la Junta de Vigilancia al tiempo de hacerse el nombramiento, según la extensión que comprenda el respectivo Distrito de Propiedad y el movimiento y valor de los inmuebles en ese lugar (...).*

(176) Artículo 29 del Reglamento de 1905. *El cargo del Registrador es incompatible con cualesquiera funciones políticas, administrativas, judiciales o municipales. Los cargos de Registrador Principal y Sustituto de Lima son incompatibles además, con el ejercicio de la abogacía, procuración o agencia de pleitos; salvo en las cuestiones en que sean interesadas cualquiera de las personas indicadas en el siguiente artículo. Esta incompatibilidad se hará extensiva para los Registradores de los Departamentos en que los productos permanentes del Registro, basten para el sostenimiento del Registrador, á juicio de la Junta de Vigilancia.*

des urbanas y en las que están cerca de la sede del Registro» (177). Agrega: «(...) cada vez que se ha abierto una nueva oficina, caso en el que la inscripción del primer año, invariablemente ha superado en mucho a las posteriores. Con todo, los propietarios siguen afluyendo al Registro, pudiendo establecerse, a partir de 1921, un promedio de 1.000 inscripciones anuales para toda la República» (178).

Luego se promulga el Código de Comercio de 1-7-1902, el Reglamento del Registro Mercantil, la Resolución Suprema de 30-11-1922; Ley número 2.411 de 30-12-1916; El Reglamento Interior de la Oficina de Registro de Lima de 27-9-1921.

Debe tomarse en cuenta que la Constitución de 1920 delega a la Corte Suprema ejercer autoridad y vigilancia sobre el Registro, teniendo la facultad de, incluso, sancionar:

«Artículo 151 de la Constitución de 1920.—La Corte Suprema ejercerá autoridad y vigilancia sobre todos los Tribunales y Juzgados de la República y funcionarios judiciales, notariales y del Registro de la Propiedad, tanto en el orden judicial como en el disciplinario, pudiendo, conforme a la ley, corregir, suspender y destituir a los Vocales, Jueces y demás funcionarios».

Otro interesante detalle de esta normativa, que debe tomarse en consideración, es la aparente consideración de los notarios y registradores como funcionarios públicos.

Luego, en el Código Civil de 1936 se incluye en su Sección V del Libro IV a los Registros Públicos, indicando los Registros que lo conforman, actos materia de inscripción, entre otros, así como lo que algunos creen es el reconocimiento de la autonomía de los registros (179).

La Dirección de Registros era dirigida por un jefe denominado Director General, el cual tuvo autoridad jerárquica sobre todos los demás registradores de la República. El territorio se dividió en distritos, los cuales estuvieron bajo la dirección de un registrador y sus empleados (180).

---

(177) BALAREZO, Teodoro, *Obligatoriedad de la inscripción inmobiliaria. Tesis para optar por el grado de doctor en Derecho*, Lima, 1930, pág. XI.

(178) BALAREZO, Teodoro, *ibid.*, pág. XI.

(179) «La declaración I del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos consagra la autonomía de los Registros. Dicha autonomía surge de la simple lectura del artículo 1.038 del Código Civil de 1936, el cual habla de los Registros como una "Institución", o sea, un organismo especial del Estado, sujeto a la dirección de la Junta de Vigilancia; no se trata, pues como comúnmente se cree, de una dirección del Ministerio de Justicia, si no de un organismo autónomo». GUEVARA MANRIQUE, Rubén, y GUEVARA BRINGAS, Rubén, *Derecho Registral*, Tomo I, Lima, Horizonte, 1999, pág. 98.

(180) En Lima existieron tres distritos. S. PORTOCARRERO, Felipe, *ibid.*, págs. 134-135.

Posteriormente se promulgan diversas normas —como el Reglamento General de 16-5-1968 de la Corte Suprema— hasta el Código Civil de 1984 y la Ley número 26366.

### 3.3.2. *Ley 26.366 y la SUNARP*

Ahora bien, producto de la Ley 26.366 se creó el Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos —(en adelante SUNARP)—, la cual es un Organismo Público Descentralizado Autónomo del Sector Justicia que dirige el Sistema Nacional de los Registros Públicos, teniendo personería jurídica de Derecho público, con patrimonio propio y autonomía funcional, jurídico-registral, técnica, económica, financiera y administrativa.

En ese sentido, se aprobó su estatuto mediante Resolución Suprema número 135-2002-JUS, la cual normó la naturaleza, funciones generales y régimen económico y laboral de la SUNARP y establece su estructura orgánica, así como las atribuciones y obligaciones (181) de sus distintos órganos.

Según el artículo 6 del estatuto, los órganos que conforman son la Alta Dirección (conformada por el Superintendente Nacional de los Registros Públicos, el Directorio, el Superintendente Adjunto de los Registros Públicos y el Gerente General), el Órgano Consultivo, el Órgano de Control, los Órganos de Asesoramiento (Gerencia Registral, Gerencia Legal y Gerencia de Presupuesto y Desarrollo), los Órganos de Apoyo (la Secretaría General, la Gerencia de Catastro, la Gerencia de Administración y Finanzas, la Gerencia de Informática, la Escuela de Capacitación Registral, la Oficina de Imagen Institucional y Relaciones Públicas), el Órgano de Segunda Instancia Registral (Tribunal Registral) y los Órganos Desconcentrados (Zonas Registrales).

Ahora bien, el artículo 2 de la Ley 26366 divide a los registros en personas naturales, personas jurídicas, propiedad inmueble y bienes muebles. Estos registros, a su vez, comprenden otros, los cuales no son los únicos, dado que el literal *e*) incluye a los demás registros de carácter jurídico creados o que se crearán en el futuro.

Cada uno de estos registros están ubicados territorialmente en diferentes oficinas registrales, son organismos públicos desconcentrados de la SUNARP, gozando de un patrimonio propio y autonomía registral, administrativa y económica con las limitaciones establecidas en la presente ley.

Su presupuesto se financia con los ingresos que se generen por la aplicación de sus tasas registrales, donaciones, legados, transferencias y otros recursos provenientes de instituciones públicas y privadas y de la cooperación técnica y financiera internacional.

---

(181) Artículo 3.

### 3.3.3. *El marco legal de los registradores*

El artículo 6 de la Ley 26366 señala entre los requisitos para acceder al cargo el ser abogado (182) y el haber aprobado el concurso público de méritos supervisado por la SUNARP, el cual debe estar desprovisto de injerencia política alguna (183).

Dicho concurso no nos debe llevar a deducir que existe un régimen de carrera administrativa (184), toda vez que en principio el régimen en el que se encuentran casi todos los trabajadores es en el laboral (185). De esto se desprende que no existe un régimen de inamovilidad absoluta, pudiendo la administración utilizar su *ius variandi*, siempre que no degrade la investidura del funcionario (186). Asimismo, no existe propiamente un sistema de ascen-

---

(182) Consideramos que si bien la preparación jurídica es importante, un funcionario debe tener otros conocimientos que deben evaluarse a fin de que el desenvolvimiento del agente sea pleno. ROYO-VILLANOVA, S., «La formación de los funcionarios públicos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 2, mayo-agosto de 1950, pág. 17.

(183) (...) «No cabe duda que todo afán discriminatorio que pudiera intentarse, por ejemplo, en razón de las ideas políticas, supondría una grave lesión de dicho precepto, así como también la ruptura de ese principio de convivencia al que nos hemos referido y que el nuevo orden constitucional pretende plasmar. En primer lugar, pues, el derecho fundamental al respeto de la dignidad humana. Junto a él también el derecho fundamental de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley y ante el Estado. En efecto, en el artículo 3.º se proclama, concretamente, la igualdad de todos ante la Ley y la prohibición de cualquier tipo de discriminación o trato desigual en razón de raza, sexo, lugar de proveniencia, idioma, concepción religiosa o política, por lo que aquí interesa». MARTÍN-RETORTILLO, LORENZO, «¿Funcionarios Públicos por gracia del Partido? Consideraciones en torno a las relaciones entre funcionarios públicos y partidos políticos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1962, pág. 231.

(184) Para el presente trabajo se realizó una encuesta —entre el 24 y 31 de marzo del presente año— a 22 de 29 registradores del Registro de Propiedad Mueble (se adjunta copia del cuestionario y de los resultados en el anexo I y II) en el cual se obtuvo que el 31,8 por 100 de los encuestados considera que los registradores sí hacen carrera administrativa. De este porcentaje, el 85,71 por 100 considera al ingreso por concurso como un rasgo característico que define tal característica.

(185) El artículo 8 de la Ley 26366 estableció que los registradores nombrados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley están comprendidos dentro del régimen laboral de la actividad privada. Asimismo, respecto a los trabajadores que al momento de la promulgación de la norma ya se encontraban en el régimen del Decreto Ley 276, mediante la séptima Disposición Transitoria se dispuso que deberían optar por continuar en dicho régimen o acogerse al Régimen Laboral de la Actividad Privada. Al respecto, IZQUIERDO HERNÁNDEZ considera que la opción por el otro régimen no desnaturaliza la relación estatutaria entre el funcionario y la administración. «Un derecho tal ha de clasificarse, de otro lado, como derecho potestativo constitutivo, por oposición a los modificativos y extintivos, pues, como se desprende de lo expuesto hasta ahora, en virtud de su ejercicio, no se modifica la relación jurídica estatutaria existente entre el funcionario y la Administración, cuya relación permanece, por el contrario, inalterable, aunque en suspenso, sino que se superpone a esa relación otra, nueva y diferente, de naturaleza laboral». IZQUIERDO HERNÁNDEZ, FRANCISCO JAVIER, y MOLINA GARCÍA, MÓNICA, *ibid.*, págs. 52-53.

(186) En la inamovilidad relativa se conjugan la normal estabilidad de los funcionarios en el desempeño de sus funciones y la disponibilidad organizativa de la Administra-

sos (187), toda vez que la denominada carrera registral empieza por el cargo de técnico registral, luego asistente y registrador. Sin embargo, para acceder a cada uno de estos cargos debe postularse mediante concurso público.

Así pues, si el ascenso comporta siempre el paso a un puesto superior al que se ocupaba anteriormente, concibiéndose como un acrecentamiento de competencia y círculo de atribuciones, así como elevación del grado jerárquico en el sentido que el funcionario ascendido deja de ser subordinado respecto de otros y simultáneamente tiene nuevos y más subordinados, éste debe lograrse mediante una evaluación entre los mismos funcionarios y no mediante un concurso abierto, toda vez que de verificarse esto no estaríamos propiamente frente a la figura de ascenso, sino de ingreso a la administración (188).

De igual manera, nominalmente se ha establecido que el cargo de funcionario público es incompatible con otros cargos públicos o actividades privadas, lo cual tiene su razón de ser en tres fundamentos: los dos primeros de carácter ético, el tercero de índole pragmático: i) la libertad de acción e independencia y honestidad profesional; ii) la de sustraer tiempo a las actividades del cargo público con el desempeño de otro público o de actividades privadas; iii) una equitativa distribución de haberes, obviando su acumulación en perjuicio de personas aptas para el desempeño de funciones públicas (189).

### 3.3.4. *Autonomía e independencia por parte de los registradores*

El literal *a*) del artículo 3 de la Ley 26366 menciona como garantía del sistema la autonomía de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones registrales, lo cual implica de por sí la independencia de los mismos frente a cualquier injerencia interna o externa que busque influir —fuera de los causes legales— en su decisión (190). Así pues, la presión puede prove-

---

ción, que puede adoptar las medidas oportunas para la mejor prestación de los servicios. MARTÍN MATEO, Ramón, *ibid.*, pág. 20.

(187) Ascenso es el nombramiento irrevocable y temporalmente ilimitado de un funcionario para un puesto superior dentro del Cuerpo a que pertenece. GUAITA, Aurelio, «El ascenso de los funcionarios públicos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1962, pág. 128.

(188) GUAITA, Aurelio, *ibid.*, pág. 139. Así tampoco debe considerarse ni los aumentos de sueldo, ni categorías salariales medios que determinan un ascenso.

(189) ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino, «El problema de las incompatibilidades de los funcionarios públicos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1962, pág. 93.

(190) «*Los funcionarios han pasado, pues, a ser servidores del Estado, de un Estado integracionista que absorbe y se sirve de muy diversos grupos y partidos en su intento de lograr una regulación adecuada de la convivencia. Servidores de un Estado que se declara alejado, como consecuencia de ello, de cualquier clase de culto a la personalidad, sea en su versión tradicional del monarchisches Prinzip, sea en su versión más reciente,*

nir tanto de usuarios externos interesados en el resultado de la calificación, como de funcionarios de la propia institución (191). Por tanto, la independencia propiamente no se otorga en favor del funcionario como sujeto de derecho, sino en función de la labor —investida con facultades públicas— que desempeña (192).

Ahora bien, tal como lo mencionamos líneas atrás, la SUNARP está conformada en sustancia por cargos directivos, los cuales son en su mayoría de confianza, lo cual es pasible de ser utilizado como botín político para el gobierno de turno.

Esto, sumado a la falta de determinación de los límites entre el área política y área administrativa, derivan —entre otros— en el conflicto por mayor libertad de actuación. Los políticos se verán tentados por situar y promocionar al personal de su estricta confianza y tener la mayor capacidad de poder de decisión; en cambio, los funcionarios buscarán asegurarse un ámbito de relativa autonomía (193).

Debe pues cambiarse de enfoque en este tipo de relaciones, toda vez que ambos agentes —el político y el de carrera— se necesitan mutuamente, es decir, el funcionario especializado necesita de la confianza que el político le otorga para desarrollar su tarea, de la misma manera que el político necesita de aquél para traducir en resultados tangibles sus proyectos. El conflicto es latente, sin embargo la colaboración entre ambos es necesaria para el adecuado funcionamiento del sistema (194).

## CONCLUSIONES

1. En el Perú nos encontramos en un estado de tipo constitucional, toda vez que se recoge la supremacía de un texto constitucional, el control y la limitación del poder, y el respeto y tutela de los derechos fundamentales. En ese marco se debe integrar el presente trabajo.

2. La función pública la entendemos como aquella potestad abstracta que otorga el estado para el ejercicio de sus agentes, a fin de lograr desple-

---

*aunque bien distante, desde luego, de la anterior, del Führerprinzip».* MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *ibid.*, págs. 235, 236.

(191) Revítese el caso de la destitución del superintendente adjunto Manuel García, el cual, bajo sospecha de haber intentado presionar a registradores de la zona registral de Trujillo fue separado de su cargo. Véase <http://www.larepublica.com.pe/content/view/126421/483/> visitado el 21-5-2008.

(192) CHIRONI, Giampietro, *La culpa en el Derecho Civil moderno*. Traducción de la segunda edición italiana corregida y aumentada por C. Bernardo de Quirós. Madrid, Ed. Reus, Tomo II, 2.<sup>a</sup> ed., 1928, pág. 14.

(193) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ibid.*, pág. 24.

(194) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ibid.*, pág. 22.

gar las actividades propias de la administración a fin de satisfacer el interés general.

En ese sentido, consideramos que funcionario público es aquel agente sujeto que labora en la Administración Pública y ha sido investido de competencias públicas.

3. Nos adherimos, en parte, a la distinción que hace MAYER entre los dos aspectos que existen en el funcionario público, interno y externo, siendo este último el que distingue a dicho agente.

No obstante esto no debe dejar de analizarse al ámbito interno, relación funcionario-administración, dado que pueden lucas para establecer el nivel de responsabilidad por parte del funcionario. Si por ejemplo, el vínculo interno es tal en el cual el funcionario se encuentra en un área de normativa dispersa y vasta, con permanente fiscalización, y con una gran carga de trabajo, pero que sin embargo no tiene las condiciones necesarias para desenvolver su labor, esto afectará en el producto de su labor —acto administrativo— pudiendo eventualmente cometer errores, no pudiendo establecerse por tanto responsabilidad directa contra dicho agente.

4. En sede nacional, la normativa para definir quién es funcionario, servidor o empleado público, es diversa y confusa. Sin embargo, en el presente trabajo hemos adoptado que el Registrador es un funcionario público.

Dicho funcionario, si bien forma parte de la administración —sujeto a responsabilidad administrativa, siendo dirigido administrativamente por autoridades superiores, entre otras cosas—, no se encuentra en el régimen de carrera administrativa, estando propiamente en el régimen laboral de la actividad privada.

#### RESUMEN

##### PERÚ. REGISTRADOR

*La importancia actual del Registrador Público en los diferentes ordenamientos se encuentra fuera de discusión. Sin embargo, es importante conocer la ubicación del mismo dentro de cada sistema. Así como Rechtspfleger alemán, el conservador francés o italiano, o el registrador —profesional liberal español—, en el Perú dicho agente público tiene una configuración propia.*

*En ese sentido, la idea del texto gira en torno de ubicar la figura del Registrador Público en el ordenamiento jurídico*

#### ABSTRACT

##### PERÚ. REGISTRAR

*The current importance of public registrars in different countries' legislations is beyond dispute. However, it is important to gain a grasp of where public registrars are situated within each system. Like the German Rechtspfleger, the French conservateur, the Italian registrar and the Spanish liberal professional registrar, these public agents have their own unique configuration in Peru.*

*The idea of the text revolves around situating the figure of the public registrar within Peruvian law (taking the dis-*

*peruano —tomando como referencia lo desarrollado en el Derecho Histórico Comparado— a partir del tipo de estado, la Administración Pública y su relación con los agentes públicos.*

*discussion concerning comparative historical law as the reference point) in terms of the type of state, the public administration and its relationship with public agents.*

*(Trabajo recibido el 14-08-08 y aceptado para su publicación el 29-05-09)*

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL



## **RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE***

Por Juan José JURADO JURADO

### **Registro de la Propiedad**

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resoluciones de 3-4-2009.

(*BOE* 1-5-2009)

Registros de Illescas, números 1 y 2

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE APREMIO TRAMITADO POR UN AYUNTAMIENTO EN EL QUE SE ORDENA EL EMBARGO DE BIENES RADICANTES EN OTRO MUNICIPIO. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS: COMPETENCIA DEL ÓRGANO.**

Con arreglo al artículo 8 de la Ley de Haciendas Locales, carece un Ayuntamiento de competencia para realizar actuaciones de recaudación ejecutiva respecto de bienes radicantes en otros municipios. En consecuencia, no cabe anotar el embargo trabado en expediente administrativo seguido por un Ayuntamiento sobre una finca ubicada en otro término municipal, siendo este extremo —competencia del órgano administrativo que expide el documento— de aquellos a los que se extiende la calificación registral de los documentos administrativos.

Resolución de 6-4-2009

(*BOE* 16-5-2009)

Registro de Vélez Málaga, número 1

**OBRA NUEVA.**

La rectificación de la superficie construida implica, de hecho, una declaración de obra nueva, debiéndose exigir el cumplimiento de los requisitos previstos al efecto para su inscripción.

Resolución de 7-4-2009  
(BOE 16-5-2009)

Registro de Alcalá de Henares, número 4

#### INMATRICULACIÓN: ACTA COMPLEMENTARIA TÍTULO PÚBLICO.

Existiendo diferencias descriptivas entre el antetítulo y el título inmatriculador, las mismas pueden salvarse mediante el acta de notoriedad complementaria a que se refiere el artículo 298 del RH.

Resolución de 13-4-2009  
(BOE 5-5-2009)

Registro de Madrid, número 36

#### LEGADOS: ENTREGA. RECTIFICACIÓN DE TÍTULO INSCRITO.

Los legados, aunque sea de cosa cierta y determinada, requieren la entrega que han de realizar los herederos o el albacea facultado para ello. Sólo caben algunas excepciones, como el caso del legado hecho al heredero único. Para rectificar la escritura de herencia y entrega de legados se necesita el consentimiento de las mismas personas que la otorgaron o de sus respectivos herederos.

Resolución de 14-4-2009  
(BOE 12-5-2009)

Registro de Toledo, número 1

#### PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL. CALIFICACIÓN REGISTRAL: MEDIOS.

Los principios de legitimación y prioridad registral obligan a inscribir una escritura de venta otorgada por la que aparece como titular en el Registro, sin que se pueda tener en consideración al calificar, documentos contradictorios con dicha titularidad, que en su momento fueron objeto de presentación en el Diario, pero que no llegaron a inscribirse y cuyos asientos de presentación caducaron.

Resolución de 16-4-2009  
(BOE 12-5-2009)

Registro de Madrid, número 28

#### HIPOTECA CAMBIARIA: CANCELACIÓN.

La cancelación de una hipoteca cambiaria por medio de una resolución judicial requiere que se acredite por testimonio que las letras se hallan en poder del demandado y que han sido debidamente inutilizadas. Así se deduce, por aplicación analógica, de lo establecido en el artículo 156 de la LH y sus concordantes reglamentarios.

Resolución de 17-4-2009  
(BOE 12-5-2009)  
Registro de Tordesillas

**HIPOTECA CAMBIARIA: CANCELACIÓN.**

La cancelación de una hipoteca cambiaria requiere, inevitablemente, la acreditación fehaciente de que las cambiales garantizadas se han inutilizado. Así se deduce, por aplicación analógica, de lo establecido en el artículo 156 de la LH y sus concordantes reglamentarios.

Resolución de 30-4-2009  
(BOE 30-5-2009)  
Registro de Lepe

**PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.**

No es posible inscribir ni anotar una sentencia dictada en un proceso en el que no han sido parte todos los titulares registrales afectados por la misma, sin que además se hubiera anotado preventivamente la demanda en su momento.

Resolución de 4-5-2009  
(BOE 30-5-2009)  
Registro de Getafe, número 1

**DERECHOS REALES: *NUMERUS APERTUS*.**

Aunque es doctrina consolidada la conocida como *numerus apertus* en materia de creación de derechos reales, no es menos cierto que resulta imprescindible cumplir detalladamente con todos los requisitos propios del tipo de derecho real que se pretenda constituir. En consecuencia, si se desea garantizar el adecuado destino de una subvención, habrá que utilizar una de las garantías reales existentes, o crear alguna otra pero cuyos perfiles y eficacia deben estar perfectamente identificados.

Resolución de 5-5-2009  
(BOE 30-5-2009)  
Registro de Valdemoro

**CANCELACIÓN DE HIPOTECA.**

Siendo la regla general la cancelación con expreso consentimiento del titular registral, sólo podrá accederse a cancelar la hipoteca a instancia unilateral del dueño de la finca si se cumplen estrictamente las condiciones establecidas en el segundo párrafo del artículo 82 de la LH.

Resolución de 6-5-2009  
(BOE 30-5-2009)  
Registro de Negreira

**PAGO DE IMPUESTO: CIERRE REGISTRAL. INMATRICULACIÓN: CERTIFICACIÓN CATASTRAL. SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA.**

Sin prejuzgar si suspende o no la calificación, lo cierto es que sin acreditar el cumplimiento de las obligaciones fiscales no cabe la inscripción. Para inmatricular es imprescindible la certificación catastral plenamente coincidente. Mientras no transcurran la totalidad de los plazos legalmente previstos para la acción de rescisión por rebeldía, no cabe la inscripción definitiva de la sentencia dictada en estos términos.

Resolución de 7-5-2009  
(BOE 9-6-2009)  
Registro de Mancha Real

**PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA.**

Aun a pesar de la anulación por el TS de la redacción que en 1998 se dio al artículo 13 del RH, no hay obstáculo en configurar la permuta de solar por obra futura, entendiéndose que se produce la transmisión de presente de los pisos o locales a construir, configurando una suerte de comunidad sobre el inmueble.

Resolución de 8-5-2009  
(BOE 9-6-2009)  
Registro de Albacete, número 1

**RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES. CONDICIÓN RESOLUTORIA.**

No es el recurso gubernativo el cauce adecuado para solicitar la rectificación de asientos posteriores, la cual requiere el consentimiento de sus titulares o resolución judicial al efecto. La condición resolutoria no requiere fórmulas sacramentales para su configuración con trascendencia jurídico-real.

Resolución de 12-5-2009  
(BOE 9-6-2009)  
Registro de Colmenar Viejo, número 2

**FINCA REGISTRAL: RELACIÓN CON CATASTRO.**

No hay obstáculo para practicar la inscripción en el hecho de que una misma finca registral se corresponda con dos catastrales, una urbana y otra rústica, incluso cuando la parte ocupada por la edificación tenga el carácter de suelo urbano y el resto de no urbanizable.

Resolución de 13-5-2009  
(BOE 9-6-2009)  
Registro de Cuéllar

**BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: ENAJENACIÓN.**

Para la enajenación de los bienes patrimoniales de las entidades locales, la regla general es la subasta, y no cabe eludirla aunque la misma haya quedado desierta. Tampoco cabe aplicar las normas de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, dado que no lo permite esa misma Ley.

Resolución de 14-5-2009  
(BOE 9-6-2009)  
Registro de Fuenlabrada, número 3

**USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.**

Cuando el uso de la vivienda sea atribuido al cónyuge, que es titular dominical de la misma, carece de sentido su constatación registral, dado que el titular de ambos derechos resulta ser la misma persona. El derecho de uso, de contenido y carácter familiar, tiene la particularidad de poder disociar el titular y los beneficiarios, pero en todo caso lo que persigue es que la vivienda no pueda ser enajenada sin el consentimiento del cónyuge al que se atribuye, cosa innecesaria cuando este mismo es el titular del dominio.

Resolución de 22-5-2009  
(BOE 16-6-2009)  
Registro de Guadix

**PARTICIÓN DE HERENCIA: CONSENTIMIENTO DE LOS HEREDEROS.**

No es posible inscribir una partición de herencia en la que falta el consentimiento de algunos de los herederos, aun en el caso de que la aceptación de la herencia por parte de los ausentes se haya obtenido por el procedimiento del artículo 1.004 del Código Civil, y que las adjudicaciones se hagan con arreglo al testamento.

Resolución de 23-5-2009  
(BOE 16-6-2009)  
Registro de Pinto

**RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES.**

No es el recurso gubernativo el cauce adecuado para solicitar la rectificación de asientos posteriores, la cual requiere el consentimiento de sus titulares o resolución judicial al efecto.

Resolución de 25-5-2009  
(BOE 16-6-2009)  
Registro de Valladolid, número 5

**OBRA NUEVA. LIBRO DEL EDIFICIO. RECEPCIÓN DE LA OBRA.**

Tratándose de la declaración de obra nueva hecha por el autopromotor para uso propio de una vivienda, no es exigible el Libro del Edificio, pensado para garantía de compradores usuarios finales de las viviendas. Tampoco es necesario expresar la fecha de recepción de la obra, siendo ésta una cuestión que en su día se resolverá si afecta al cómputo del plazo para la exigibilidad del seguro decenal en ulteriores transmisiones.

Resolución de 26-5-2009  
(BOE 16-6-2009)  
Registro de Torreveja, número 2

**GARAJES: ARTÍCULO 53 DEL REAL DECRETO 1093/1997.**

Para inscribir participaciones indivisas con la concreción de la plaza de aparcamiento correspondiente, basta sólo acompañar a la escritura de venta de la participación indivisa el plano al que se refiere el artículo 53 del Real Decreto 1093/97.

Resolución de 27-5-2009  
(BOE 16-6-2009)  
Registro de Valladolid, número 6

**SUSTITUCIÓN VULGAR. TESTAMENTOS: INTERPRETACIÓN.**

Salvo manifestación expresa y clara del testador, la sustitución vulgar para el caso de incapacidad no está referida a incapacidad de obrar de la heredera primeramente llamada, sino a incapacidad de suceder en sentido técnico. En el ámbito del procedimiento registral, el único medio de interpretación del testamento es el literal, sin que quepa en este ámbito utilizar medios extrínsecos.

Resolución de 29-5-2009  
(BOE 27-6-2009)  
Registro de Torrijos

**SEGREGACIÓN. PARCELACIONES URBANÍSTICAS.**

No cabe la inscripción de una escritura de segregación de 107 parcelas en suelo no urbanizable, con sus correspondientes obras nuevas, aportando una confusa documentación administrativa que habla al mismo tiempo de innecesariedad de licencia y de licencia de segregación. Parece que existen claras dudas de la eventualidad de que se forme un núcleo de población.

Resolución de 30-5-2009  
(BOE 16-6-2009)  
Registro de Mijas, número 2

**ANOTACIÓN DE EMBARGO: BIENES EMBARGABLES. FINCA REGISTRAL.**

Aportándose con el mandamiento de embargo la oportuna certificación del Ayuntamiento en la que se describe el exceso de edificabilidad existente sobre la finca, y estando el mismo además reservado a favor del promotor, debe procederse a la anotación del embargo sobre este exceso, teniendo en cuenta además el concepto de finca que se ha consolidado en la doctrina.

Resolución de 30-5-2009  
(BOE 27-6-2009)  
Registro de Sevilla, número 2

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.**

No es posible anotar un embargo trabado sobre la finca titularidad de una persona que se considera como responsable subsidiaria de la deuda de una determinada sociedad civil, en tanto dicha persona física no ha sido demandada en el procedimiento.

Resolución de 2-6-2009  
(BOE 27-6-2009)  
Registro de Olmedo

**IDENTIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PAGO. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO.**

En primer lugar se reafirma la competencia del Registrador para calificar la regularidad de la constancia de la identificación de los medios de pago que el Notario ha hecho en la escritura, valorando si es o no ajustada a los requisitos que se deducen del artículo 24 de la Ley del Notariado y su desarrollo reglamentario. Por tanto no cabe entender que el cierre registral se produce exclusivamente en los casos en que conste la negativa de los otorgantes a identificar los referidos medios de pago. Partiendo de ello se exige la correcta identificación de dichos medios de pago, con todos los requisitos que exige la legislación antes señalada, aunque, y en tanto la misma no lo impone, no es imprescindible la identificación de la persona a cuyo favor o a cuya orden se libren los correspondientes instrumentos de giro.

Resolución de 2-6-2009  
(BOE 27-6-2009)  
Registro de Valladolid, número 6

**SOCIEDAD DE GANANCIALES: DISUELTA Y NO LIQUIDADADA.**

Una vez disuelta la sociedad de gananciales y antes de que se produzca su liquidación, se produce una situación de cotitularidad especial que en cualquier caso requiere el concurso de todos los interesados (viudo y herederos de la esposa premuerta) para realizar cualquier acto dispositivo sobre la totalidad o parte de los bienes gananciales.

Resolución de 3-6-2009  
(BOE 27-6-2009)  
Registro de Madrid, número 6

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CONCURSO DE ACREEDORES. PROPIEDAD HORIZONTAL.**

La anotación de declaración de concurso no impide la inscripción de actos dispositivos otorgados con anterioridad a dicha declaración, sin perjuicio de los eventuales efectos del concurso sobre los mismos. No cabe inscribir una transmisión de una plaza de garaje de una propiedad horizontal sin estar previamente inscrita la propiedad horizontal correspondiente.

Resolución de 4-6-2009  
(BOE 27-6-2009)  
Registro de Badalona, número 2

**HIPOTECA EN GARANTÍA DE PAGARÉ: CANCELACIÓN.**

Tratándose de hipoteca en garantía de una deuda documentada en un pagaré, y considerando que, a diferencia de las letras, estos son documentos puramente privados sin posibilidad de segura identificación, no es posible pactar que la hipoteca se cancele acreditando el pago mediante la exhibición del referido pagaré.

Resolución de 4-6-2009  
(BOE 27-6-2009)  
Registro de Gijón, número 2

**CANCELACIÓN DE HIPOTECA: CADUCIDAD.**

La cancelación por caducidad a que alude el artículo 82.5 de la LH no es posible si no han transcurrido los plazos previstos por la legislación civil para la prescripción.

Resolución de 4-6-2009  
(BOE 27-6-2009)  
Registro de Villar del Arzobispo

**TUTELA: ACEPTACIÓN DE HERENCIA.**

La aprobación judicial de la partición de herencia realizada por la tutora de una incapaz suple la omisión de autorización judicial previa a la aceptación, debiendo entenderse aceptada la referida herencia a beneficio de inventario.

Resolución de 5-6-2009  
(BOE 29-6-2009)  
Registro de Cangas

**SEGREGACIÓN: DESCRIPCIÓN DE LAS FINCAS.**

Procede la suspensión de la inscripción de una segregación en la que no es posible la identificación de las fincas segregadas.

Resolución de 5-6-2009  
(BOE 27-6-2009)  
Registro de Santa Cruz de Tenerife, número 1

**HIPOTECA SOBRE VARIAS FINCAS: LIBERACIÓN PARCIAL.**

La liberación de una de las fincas gravadas por la hipoteca, realizada con el consentimiento del acreedor, que además acepta la liberación de la obligación personal correspondiente a su titular, puede realizarse aunque no conste ya inscrita dicha finca a nombre de ese mismo titular.

Resolución de 8-6-2009  
(BOE 29-6-2009)  
Registro de Coria

**CONVENIO REGULADOR: VIVIENDA FAMILIAR.**

Habiéndose pactado en un convenio regulador que la madre quedará como propietaria de la vivienda familiar, pudiendo disponer de ella siempre que con el precio compre otra vivienda que quede en propiedad por mitad de ella y sus hijos, no es preciso el consentimiento del padre para la inscripción de la compra de una vivienda que tiene tal destino.

Resolución de 8-6-2009  
(BOE 29-6-2009)  
Registro de Escalona

**INMATRICULACIÓN: SIMULACIÓN DE TÍTULOS. PARTICIÓN HEREDITARIA: NATURALEZA.**

Las simples sospechas no bastan para considerar como títulos creados artificialmente a los efectos de la inmatriculación, por el mero hecho de su carácter consecutivo, la adjudicación de herencia y posterior disolución del condominio entre los coherederos. El conjunto del proceso sucesorio integra-

do por la delación y la partición producen un claro efecto traslativo desde el causante al heredero adjudicatario.

Resolución de 9-6-2009  
(BOE 29-6-2009)  
Registro de Negreira

**PROPIEDAD HORIZONTAL: ACCESO DE LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS.**

Para poder inscribir una propiedad horizontal en la que los garajes elementos privativos tienen acceso a la vía pública a través de una servidumbre de paso por un edificio colindante, es necesario que dicha servidumbre se halle inscrita.

Resolución de 9-6-2009  
(BOE 29-6-2009)  
Registro de Valencia de Alcántara

**SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADADA: ANOTACIÓN DE EMBARGO.**

Para poder anotar un embargo sobre una finca ganancial, habiendo fallecido uno de los cónyuges, es suficiente que el Juez manifieste que de los documentos que se le han aportado le resulta la constancia de quiénes son los herederos del premuerto.

Resolución de 9-6-2009  
(BOE 29-6-2009)  
Registro de Vélez-Málaga, número 2

**ANOTACIÓN DE EMBARGO CAUTELAR A FAVOR DE LA HACIENDA.**

Practicada una anotación de embargo como medida cautelar por plazo de seis meses, luego prorrogados por otros seis, no cabe, una vez transcurrido dicho plazo, pretender la conversión de la anotación en embargo definitivo, dado que ya se encontraba en ese momento caducada.

Resolución de 10-6-2009  
(BOE 29-6-2009)  
Registro de Ciempozuelos

**RECTIFICACIÓN DE LOS ASIENTOS.**

Para rectificar un lindero de una descripción registral de una finca, no basta la solicitud del titular de la finca colindante, sino que es preciso el consentimiento del titular de la propia finca afectada o la oportuna resolución judicial.

Resolución de 10-6-2009  
(BOE 29-6-2009)  
Registro de Motril

**DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA: ANTIGÜEDAD.**

Constando en la certificación catastral que la obra se construyó en 1920, no cabe alegar que se puede estar en una de las excepciones a la prescripción de las acciones urbanísticas prevista en el artículo 185 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía.

Resolución de 10-6-2009  
(BOE 29-6-2009)  
Registro de Valoria la Buena

**UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.**

Tratándose de una segregación por debajo de la unidad mínima de cultivo, habiendo recibido la Registradora la resolución negativa a que alude el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, y no existiendo construcción alguna en la finca, debe denegarse la inscripción.

Resolución de 12-6-2009  
(BOE 29-6-2009)  
Registro de Torrent, número 1

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA.**

No puede anotarse una demanda cuyo único objeto es la reclamación de una cantidad de dinero, dado que carece de la trascendencia real y registral que exige el artículo 42 de la LH.

**Registro Mercantil**

Por Ana M.<sup>a</sup> DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resoluciones de 1 y 2-4-2009  
(BOE 2-6-2009)

Registros Mercantiles de Alicante, número I; Alicante, número III; Alicante, número IV

**RECURSO GUBERNATIVO: NO CABE CUÁNDO SE PRACTICA EL ASIENTO. SOCIEDADES PROFESIONALES: SOCIEDAD DE AUDITORÍA. DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO.**

Preendida la inscripción del nombramiento de una sociedad como auditora de cuentas de otra, el Registrador inicialmente deniega la inscripción al

no constar haberse adaptado la sociedad auditora a la Ley 2/2007 en el plazo establecido por su Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> y haber quedado, por tanto, disuelta de pleno derecho.

Posteriormente rectifica la calificación e inscribe el nombramiento por haber sido realizado antes de producirse dicha disolución. Pero advierte en la nota de despacho que la sociedad se encuentra disuelta de pleno derecho sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 109.2 LSRL.

La Dirección General desestima el recurso, basado en que la Ley de Sociedades Profesionales no es de aplicación a las sociedades de auditoría, y no entra a decidir sobre este punto, aunque recuerda que es una cuestión ya resuelta en las Resoluciones de 5 y 6-3-2009 (la LSP sólo se aplica supletoriamente a las sociedades de auditoría y por tanto el Registro no se cierra por falta de adaptación), apoyándose en que el recurso sólo cabe frente a calificaciones negativas y no cuando se practica el asiento solicitado.

Señala que, frente a un posible contenido del asiento que no se acomode al acto a inscribir, tienen los interesados la posibilidad de pedir minuta previa y, de considerar que ésta no es adecuada, plantear la cuestión ante el Juez competente. Pueden también los interesados solicitar la rectificación del asiento que consideren incorrecto por el procedimiento regulado a estos efectos en la legislación hipotecaria.

Apunta también la Dirección General que si el Registrador, en la nota de despacho, incluye una advertencia ajena al contenido propio del asiento de que se trata, procede estimar que dicha advertencia sea excluida de dicha nota. Y si se hubiera incluido tal advertencia en el asiento, habría de cancelarse, a instancia de parte, al no estar bajo la salvaguarda de los Tribunales.

Resolución de 8-4-2009

(BOE 12-5-2009)

Registro Mercantil de Madrid, número VIII

#### CUENTAS ANUALES.

El Registrador manifiesta en su informe que, a la vista del escrito presentado por la sociedad, rectifica el defecto señalado en su nota y deposita las cuentas, por lo que la Dirección General considera ya estimada la pretensión formulada por el recurrente.

Resolución de 16-5-2009

(BOE 12-6-2009)

Registro Mercantil de Málaga, número IV

#### SOCIEDADES PROFESIONALES. ADMINISTRADORES DE FINCAS. IDENTIDAD DE LOS SOCIOS Y TITULARIDAD DE LAS PARTICIPACIONES.

La actividad propia de los administradores de fincas no puede considerarse como actividad profesional a los efectos de la Ley 2/2007, toda vez que para el ejercicio de aquélla no se requiere necesariamente titulación universitaria oficial. Esta apreciación no resulta contradicha por la circunstancia de que en la actualidad, por medio de ciertos convenios suscritos con universidades, se pue-

da acceder a la profesión mediante la expedición por parte de éstas de determinados títulos que no han obtenido la calificación de «oficiales» y, en consecuencia, no figuran inscritos en el registro administrativo creado al efecto.

A diferencia de lo que ocurre en un supuesto de transformación de S. A. en S. L., en que no es necesaria la identificación de los socios (R. 14-3-1994), en la adaptación de una sociedad a sociedad profesional o de conversión en una sociedad de esta clase, debe expresarse la identidad de los socios, su condición de profesional o no profesional con datos de colegiación, y cifra y numeración de las participaciones cuya titularidad ostenten todos y cada uno de ellos. Se trata de datos trascendentales en este tipo de compañías por afectar a la necesaria composición del capital y del órgano de administración, derecho de voto, posible causa de disolución, causas de incompatibilidad, intransmisibilidad de participaciones... A ello se une la obligación que impone la ley de mantener actualizada esa información al exigir que cualquier cambio de socios debe inscribirse en el Registro Mercantil.

Resolución de 18-5-2009

(BOE 12-6-2009)

Registro Mercantil de Málaga, número III

#### **SOCIEDADES PROFESIONALES. ADMINISTRADORES DE FINCAS.**

La actividad propia de los Administradores de Fincas no puede considerarse como actividad profesional a los efectos de la Ley 2/2007, toda vez que para el ejercicio de aquélla no se requiere necesariamente titulación universitaria oficial. Esta apreciación no resulta contradicha por la circunstancia de que en la actualidad, por medio de ciertos convenios suscritos con universidades, se pueda acceder a la profesión mediante la expedición por parte de éstas de determinados títulos que no han obtenido la calificación de «oficiales» y, en consecuencia, no figuran inscritos en el registro administrativo creado al efecto.

Resoluciones de 19, 20 y 21-5-2009

(BOE 12-6-2009)

Registro Mercantil de Zaragoza, número I

#### **PROVISIÓN DE FONDOS BORME.**

La disciplina del pago de la provisión de fondos para la publicación en el BORME de los actos inscritos que establece el artículo 426 RRM es la establecida con carácter general para la satisfacción de las obligaciones tributarias por el Reglamento General de Recaudación (Real Decreto 939/2005). Por ello no puede entenderse cumplida dicha exigencia con la simple designación en la escritura de un número de cuenta bancaria «para los abonos dimanantes del proceso de inscripción».

Resolución de 25-5-2009

(BOE 27-6-2009)

Registro Mercantil de Santander

#### CUENTAS ANUALES. INFORME DE AUDITORÍA.

Solicitado el nombramiento de auditor por minoritarios, no puede efectuarse el depósito de las cuentas sin el informe correspondiente.

Presentado posteriormente el informe, no se cumple el requisito de que el mismo se pusiera a disposición de los socios con la convocatoria de la junta. Las cuentas deberán aprobarse nuevamente por la sociedad a la vista del informe de auditoría e incorporando el informe de gestión verificado por el auditor designado.

Resolución de 26-5-2009

(BOE 27-6-2009)

Registro Mercantil de Barcelona, número VII

#### CUENTAS ANUALES. CONCURSO DE ACREEDORES.

Estando la sociedad en situación de concurso, las segundas cuentas que se formulen han de ser auditadas si se trata de una sociedad obligada a ello.

También existe la obligación de auditar las cuentas de una sociedad en liquidación, dada su naturaleza esencialmente reversible y la subsistencia de su personalidad jurídica en tanto no se haya procedido al reparto entre los socios del activo sobrante y, una vez extinguida, a la cancelación de sus asientos en el Registro Mercantil.

Resolución de 28-5-2009

(BOE 27-6-2009)

Registro Mercantil Alicante, número II

#### RECURSO GUBERNATIVO. NO CABE CUANDO SE PRACTICA EL ASIEN TO. SOCIEDADES PROFESIONALES. SOCIEDAD DE AUDITORÍA. DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO.

Pretendida la inscripción del nombramiento de una sociedad como auditora de cuentas de otra, el Registrador inicialmente deniega la inscripción al no constar haberse adaptado la sociedad auditora a la Ley 2/2007 en el plazo establecido por su Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> y haber quedado, por tanto, disuelta de pleno derecho.

Posteriormente rectifica la calificación e inscribe el nombramiento por haber sido realizado antes de producirse dicha disolución. Pero advierte en la nota de despacho que la sociedad se encuentra disuelta de pleno derecho sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.09.2 LSRL.

La Dirección General desestima el recurso, basado en que la Ley de Sociedades Profesionales no es de aplicación a las sociedades de auditoría, y no entra a decidir sobre este punto, aunque recuerda que es una cuestión ya resuelta en las Resoluciones de 5 y 6-3-2009 (la LSP sólo se aplica supletoriamente a las sociedades de auditoría y por tanto el Registro no se cierra por falta de adaptación), apoyándose en que el recurso sólo cabe frente a calificaciones negativas y no cuando se practica el asiento solicitado.

Señala que, frente a un posible contenido del asiento que no se acomode al acto a inscribir, tienen los interesados la posibilidad de pedir minuta previa y, de considerar que ésta no es adecuada, plantear la cuestión ante el Juez competente. Pueden también los interesados solicitar la rectificación del asiento que consideren incorrecto por el procedimiento regulado a estos efectos en la legislación hipotecaria.

Apunta también la Dirección General que si el Registrador, en la nota de despacho, incluye una advertencia ajena al contenido propio del asiento de que se trata, procede estimar que dicha advertencia sea excluida de dicha nota. Y si se hubiera incluido tal advertencia en el asiento, habría de cancelarse a instancia de parte al no estar bajo la salvaguarda de los Tribunales (reitera doctrina de Resoluciones como las de 1 y 2-5-2009).

Resolución de 28-5-2009  
(BOE 16-6-2009)

Registro Mercantil de Alicante, número III

**RECURSO GUBERNATIVO: NO CABE CUANDO SE PRACTICA EL ASIEN-  
TO. SOCIEDADES PROFESIONALES: SOCIEDAD DE AUDITORÍA. DISOLUCIÓN  
DE PLENO DERECHO.**

Pretendida la inscripción del nombramiento de una sociedad como auditora de cuentas de otra, el Registrador inscribe el nombramiento, pero advierte en la nota de despacho que la sociedad se encuentra disuelta de pleno derecho sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 109.2 LSRL.

La Dirección General desestima el recurso, basado en que la Ley de Sociedades Profesionales no es de aplicación a las sociedades de auditoría, y no entra a decidir sobre este punto, aunque recuerda que es una cuestión ya resuelta en las Resoluciones de 5 y 6-3-2009 (la LSP sólo se aplica supletoriamente a las sociedades de auditoría y por tanto el Registro no se cierra por falta de adaptación), apoyándose en que el recurso sólo cabe frente a calificaciones negativas y no cuando se practica el asiento solicitado.

Señala que, frente a un posible contenido del asiento que no se acomode al acto a inscribir, tienen los interesados la posibilidad de pedir minuta previa y, de considerar que ésta no es adecuada, plantear la cuestión ante el Juez competente. Pueden también los interesados solicitar la rectificación del asiento que consideren incorrecto por el procedimiento regulado a estos efectos en la legislación hipotecaria.

Apunta también la Dirección General que si el Registrador, en la nota de despacho, incluye una advertencia ajena al contenido propio del asiento de que se trata, procede estimar que dicha advertencia sea excluida de dicha nota. Y si se hubiera incluido tal advertencia en el asiento, habría de cancelarse a instancia de parte al no estar bajo la salvaguarda de los Tribunales.

Resoluciones de 3-6-2009  
(BOE 27-6-2009)

Registros Mercantiles de Alicante, número I, y Santa Cruz de Tenerife

**SOCIEDAD PROFESIONAL. ADAPTACIÓN. DISOLUCIÓN.**

En los supuestos en que la definición estatutaria del objeto social inscrito se muestre insuficientemente expresiva sobre el carácter profesional de una sociedad en orden a la aplicación de la Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> de la Ley 2/2007, dicho carácter no puede presumirse, y para considerar inaplicable aquella disposición no es necesario —tratándose de sociedades constituidas antes de la entrada en vigor de dicha ley— que de la definición estatutaria resulte expresamente que se trate de una sociedad de medios. No estando obligada la sociedad recurrente a adaptarse a dicha ley, el hecho de que voluntariamente haya modificado sus estatutos para devenir desde entonces sociedad profesional *stricto sensu*, impide que sea de aplicación la sanción de disolución de pleno derecho.

Resolución de 6-6-2009

(BOE 27-6-2009)

Registro Mercantil de Madrid, número VI

#### SOCIEDADES PROFESIONALES. OBJETO.

Pretendido como objeto social de una sociedad profesional cuyo único socio profesional pertenece al Colegio de Odontólogos y Estomatólogos, «la tenencia y explotación de clínicas y centros médicos, así como la enseñanza sanitaria», la Dirección General resuelve que el objeto ha de ser el ejercicio de la actividad propia de los odontólogos o estomatólogos.

No cabe, dentro de la determinación del objeto social, una enumeración de actividades, sin que se prejuzgue sobre el hecho de que alguna o algunas de ellas —como la de enseñanza sanitaria— puedan ser consideradas como accesorias del núcleo del objeto social exclusivo de la sociedad en cuestión.

Resolución de 6-6-2009

(BOE 27-6-2009)

Registro Mercantil de Madrid, número XII

#### ADMINISTRADOR. NOMBRAMIENTO. PLAZO.

El acuerdo de cese de administrador único, que continuará ejerciendo su cargo hasta 31-12-2008 incluido, y nombramiento de nuevo administrador que surtirá efecto a partir de 1-1-2009, es válido, dado que el hecho de que la aceptación sea presupuesto necesario para que el nombramiento surta efecto, no impide que se difiera la eficacia de la aceptación por un plazo determinado.

ANÁLISIS CRÍTICO  
DE JURISPRUDENCIA



## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

#### *LA PRESENTACIÓN DE UNA DENUNCIA DEL NOTARIO ANTE LA DGRN NO CONSTITUYE UNA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL DERECHO AL HONOR DEL REGISTRADOR (1)*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE  
*Profesora Contratada Doctora  
Derecho Civil UCM*

#### I. INEXISTENCIA DE INTROMISIÓN ILEGÍTIMA (2)

El objeto del proceso versa sobre la pretensión de tutela del derecho al honor del actor frente a la intromisión ilegítima en dicho derecho fundamental sufrida como consecuencia de las manifestaciones vertidas por el demanda-

---

(1) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 7 de noviembre de 2008, recurso 564/2005. Ponente: ALMAGRO NOSETE, José. Número de sentencia: 1045/2008. Número de recurso: 564/2005. Diario *La Ley*, número 7134, Sección Jurisprudencia, del 13 al 15 de marzo de 2009. Año XXX, Editorial LA LEY. LA LEY 175903/2008.

(2) El demandante Registrador devolvió la escritura de compraventa autorizada por el Notario, demandado y ahora recurrente, el día 29 de octubre de 2001, con nota del funcionario indicando unos defectos que impedían su despacho y la inscripción en el Registro Público.

Como consecuencia de ello, el Notario autorizante de la escritura devuelta interpuso recurso gubernativo al amparo del artículo 325.b) de la Ley Hipotecaria contra la que consideraba la calificación —errónea— del Registrador de la Propiedad, alegando una serie de causas de impugnación y refiriendo la existencia de «carencias, errores, corrup-telas y arbitrariedades» en torno al despacho del título presentado. El recurso fue presentado en el Registro solicitándose la formación del correspondiente expediente y la remisión a la Dirección General de los Registros y del Notariado para que por ésta se dictase la oportuna resolución declarando la existencia de calificación y la ausencia de defectos justificativos de la no inscripción del título, acordando su inscribibilidad en los términos que derivaban del mismo.

El Registrador demandante, en contestación al escrito de recurso, comunicó mediante escrito que la escritura había sido despachada, aceptando las alegaciones de éste, por lo que, al no haber contención, no se formaba el expediente ni se remitía el recurso a la Dirección General de Registros y del Notariado.

do en el recurso gubernativo interpuesto contra la calificación que el primero, en su condición de Registrador de la Propiedad y en ejercicio de sus funciones, hizo de la escritura pública autorizada por el demandado, a la sazón Notario, así como en la carta que éste dirigió a aquél, al no haber remitido el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, y en el ulterior recurso de queja interpuesto ante este Centro Directivo por la misma razón.

## II. POSICIÓN DEL NOTARIO: MANIFESTACIÓN DE LAS IRREGULARIDADES EN LA CONDUCTA PROFESIONAL DEL REGISTRADOR COMO FUNCIONARIO PÚBLICO

El Registrador es un servidor de la Ley y garante de la veracidad del procedimiento registral (es decir, del procedimiento administrativo para hacer efectivo el derecho a la inscripción).

A juicio del Notario la carta que se comenta (número de salida 310 de 26 de febrero de 2002) sólo puede explicarse con base en una de estas dos alternativas: o bien el funcionario accidental, el titular o ambos en connivencia, han manipulado el libro diario y la fecha de inscripción predatándola, o bien nos encontramos ante una declaración falsa de un funcionario público en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas, a sabiendas de que es falsa, con el exclusivo fin de hurtar a la DGRN el conocimiento de las irregularidades denunciadas y de impedir groseramente la defensa del consumidor y del Notario autorizante de las arbitrariedades y caprichos del funcionario de turno, a través de los recursos reconocidos en las leyes. Es decir, que el servidor de la Ley hace tabla rasa de las normas que disciplinan el ejercicio de su función y el defensor de la veracidad se atreve a mentir para impedir que puedan esclarecerse tales hechos.

Continúa estableciendo que obviando la incompetencia del funcionario accidental para arrogarse funciones personales del funcionario calificador, y para atribuirse decisiones procedimentales que no se reconocen en la Ley 24/2001 (ésta únicamente confiere al Registrador el dudoso honor de impulsar —nunca de paralizar o sobreeser— el procedimiento) es evidente que la calificación y despacho del documento se practicaron por el funcionario accidental antes de que el recurso tuviera entrada en el Registro, por lo que no es cierto que se reformara la calificación y se despachara el título de conformidad con las alegaciones del Notario.

El artículo 325 de la LH establece que la única forma de evitar la alzada es que el Registrador corrija la calificación y acceda a la inscripción en los términos solicitados, lo que pasa porque el Registrador tenga —en ese instante— a la vista del recurso para reformar y emitir la calificación favorable. Es una *contradictio in substantiam* sostener que el día 21 de febrero el Registrador acci-

---

Tras recibir la anterior comunicación, el Notario demandado dirigió una carta al Registrador de la Propiedad demandante en la que, refiriéndose a él como «quien dice ser Registrador accidental del Registro de la Propiedad de...», se indicaba: «Esa última decisión sólo puede calificarse como una maquinación en el ejercicio de funciones públicas, consciente y deliberada, urdida con el exclusivo fin de hurtar a la DGRN el conocimiento de las graves corruptelas y arbitrariedades, caprichos personales, opacidades y, en general, irregularidades que de forma generalizada y sistemática se producen en los Registros de...».

dental reformó la calificación accediendo a la inscripción en los términos solicitados, cuando esa solicitud llegó al registro el día después de la inscripción.

A su vez, el último párrafo del citado precepto dispone que la subsanación de los defectos no impedirá que cualquier legitimado, incluso el que los subsanó, interponga el recurso.

Asimismo mantiene que «la tosca maniobra del Registrador accidental—con o sin connivencia del Registrador titular— no engaña a nadie, ni puede ser alegada para justificar la paralización del procedimiento.

Es por ello que se ordena al Registrador competente que dé inmediato curso al procedimiento registral elevando el expediente a la DGRN para su resolución.

Si no se ha recibido comunicación expresiva del cumplimiento de esta obligación antes de las catorce horas del día 11 de marzo del corriente, se entenderá que nos encontramos ante una nueva denegación injustificada de funciones y me veré en la obligación de presentar las denuncias y querellas en defensa de la legalidad, de los derechos de los consumidores de servicios registrales y del sistema notarial de justicia preventiva».

Tras la referida carta, el demandado formuló recurso de queja ante la Dirección General de Registros y del Notariado, a fin de que ésta ordenase elevar el expediente para su resolución por dicho Centro Directivo, en cuya argumentación se consignaban las siguientes expresiones: «Cuando el Registrador accidental nos dice que no hay contención está faltando a la verdad. Quizá siendo conscientes de que tanto el Registrador titular como el accidental pueden estar dictando a sabiendas Resoluciones injustas (el primero invocando defectos inexistentes y el segundo impidiendo que la Dirección General conozca los tejemanejes denunciados), han diseñado una estrategia tan alambicada como tosca para impedir a toda costa el acceso de los interesados perjudicados por esta disfunción registral a los órganos administrativos que deben prestarle amparo y velar por la transparencia y legalidad del ejercicio de la función pública registral». En el mismo escrito, se dice a continuación: «Este comportamiento constituye un clamoroso fraude que debe ser inmediatamente corregido disciplinariamente por la superioridad». Y en la conclusión quinta del mismo escrito se añade: «Lo cierto es que la organización colegiada registral pretende perpetuarse en la ilegalidad y se niega a prestar servicios en competencia».

La Dirección General de los Registros y del Notariado desestimó el recurso de queja «al no haber contención ni necesidad de salvar la responsabilidad del Notario al haber aceptado los Registradores sus alegaciones, no procede la tramitación del recurso gubernativo. Lo cual puede por sí solo apreciarlo el Registrador, sin perjuicio de la posibilidad de apelar ante este Centro Directivo como se ha hecho en este caso. En consecuencia, este Centro Directivo acuerda que no proceden las medidas disciplinarias contra los Registradores denunciados, que actuaron precedentemente».

### III. POSICIÓN DEL REGISTRADOR: PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE SU DERECHO AL HONOR

Promovido por el Registrador demandante juicio ordinario para la tutela y protección jurisdiccional del derecho al honor, por intromisión ilegítima, la demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia.

Recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación del actor, y, revocando la resolución de primer grado, estimó en parte la demanda, declarando que las expresiones vertidas por el demandado en los escritos aportados con el escrito rector constituían manifestaciones lesivas para el honor del demandante, al dañar su dignidad personal y menoscabar su prestigio profesional; y, consiguientemente, condenó al demandado a indemnizar al actor en la cantidad de cuatro mil euros, con los correspondientes intereses legales.

El demandado ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, articulando su impugnación a través de tres motivos, en los que se alega la vulneración del artículo 20 de la Constitución Española, en relación con el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y en relación con los artículos 18.2, 19 bis 2, 322 y 323 de la Ley Hipotecaria.

#### IV. COLISIÓN DEL DERECHO AL HONOR CON EL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: SU EJERCICIO EN EL MARCO DEL DERECHO DE DEFENSA Y CON DENUNCIA DE ACTUACIONES CONSTITUTIVAS DE ILÍCITOS PENALES O DISCIPLINARIOS

El TS mantiene que la carta privada remitida por el notario al registrador, el recurso gubernativo y el posterior recurso de queja interpuesto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, respondieron al ejercicio del *derecho a la libertad de expresión, en el marco del más amplio derecho de defensa* y concretamente como manifestación de la obligación de denuncia que pesa sobre un Notario, como funcionario público, ante la presencia de *irregularidades en la conducta profesional de otro funcionario, sin que exista, en las manifestaciones realizadas, un ánimo o intención de injuriar, ni efectiva divulgación de las expresiones vertidas*.

El artículo 18.1 CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Su protección jurídica se concreta a través del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, conforme al cual tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de la Ley la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

El precepto, tal y como ha quedado redactado tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *elimina la exigencia de la divulgación del hecho o la noticia*, que constituía la piedra angular del ilícito contemplado en la norma en su redacción originaria, conforme a la cual se consideraba intromisión ilegítima al derecho al honor «la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena».

*El honor, como objeto del derecho fundamental, consiste en la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona*. Se trata, por lo tanto, de un concepto que aparece desdoblado en un aspecto trascendente, que se resume en la consideración externa de la

persona (dimensión social), y en un aspecto inmanente, subjetivo e individual (la consideración que uno tiene de sí mismo).

Constituye un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento; relatividad conceptual que, sin embargo, no ha impedido definir su contenido constitucional abstracto, afirmando que el derecho ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer de la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio, o que sean tenidas en el concepto público como afrentosas (SSTC 223/92, 170/94, 139/95, 3/97, 180/99 y 9/2007, entre otras muchas).

La jurisprudencia constitucional y del TS han considerado incluido en la protección del honor el *prestigio profesional*, tanto respecto de las personas físicas como de las personas jurídicas. El juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor profesional, incluso de especial gravedad, ya que *la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad*, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga (SSTC 180/99 y 9/2007).

Paralelamente, en la *colisión del derecho al honor con otros dignos de protección, como el de la libertad de expresión* reconocido en el artículo 20 CE, la jurisprudencia señalada, recogiendo la de instancias supranacionales, ha declarado que este último, que tiene un contenido más amplio que el derecho a la libertad de información, alude, en general, a la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones, sin pretensión de sentar hechos y afirmar datos objetivos, y dispone de un campo de acción que sólo viene delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas (SSTC 49/2001, 148/2001 y 181/2006, entre otras muchas, y STEDH de 23 de abril de 1992, as. Castells c. España).

El contenido del derecho fundamental comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar (SSTC 6/2000, 49/2001, 204/2001 y 181/2006), pues así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe la sociedad democrática (STEDH de 23 abril de 1992, as. Castell c. España, y 29 de febrero de 2000, as. Fuentes Bobo c. España; también, SSTC 181/2006 y STS de 25 de febrero de 2008, que cita la anterior doctrina). Este ámbito de tutela debe, sin embargo, modularse en presencia del propio del prestigio profesional; y, desde luego, deja fuera del mismo a las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1.a) de la CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con una norma fundamental (SSTC 127/2001, 198/2004, 39/2005 y 181/2006, entre otras).

La jurisprudencia del TS ha declarado también que *la mera presentación de una denuncia no constituye per se una intromisión ilegítima en el derecho al honor*, aunque en sede de información de actuaciones penales —o disciplinarias— son varias las circunstancias que pueden conducir a soluciones diferen-

tes, como cabe comprobar del casuismo jurisprudencial (sentencia de 5 de octubre de 2004, con cita de abundantes precedentes jurisprudenciales); y si bien el derecho al honor sancionado en el artículo 18 de la Constitución no constituye, ni puede constituir, un obstáculo para que a través de procesos judiciales —o gubernativos— seguidos con todas las garantías se pongan en cuestión y, por tanto, puedan enjuiciarse las conductas humanas sospechosas de haber incurrido en ilicitud, resulta sin embargo inaceptable —en palabras de las sentencias de 5 de octubre de 2004 y de 10 de julio de 2008— tejer la situación para producir el desmerecimiento del denunciado en el público aprecio y consideración ajenas.

La doctrina constitucional ha destacado el carácter especialmente resistente del derecho a la libertad de expresión cuando se conecta a la efectividad de otro derecho fundamental, como *el derecho de defensa*, que lo hace inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar (STCE 288/2004, 102/2001 y 299/2006). La esencia de un medio de impugnación establecido por el ordenamiento jurídico y de la defensa de los propios argumentos es la crítica del acto, la discusión y el ataque de la fundamentación y racionalidad jurídica del propio acto o de sus efectos (STCE 288/2004).

Ahora bien, la mayor dimensión que cobra el derecho a la libertad de expresión en los casos en que está en conexión instrumental con otros derechos fundamentales no es incompatible con el establecimiento de unos límites, fundados no sólo en la enunciación abstracta del derecho, sino en sus concretas manifestaciones, en las que se ha de tener especial cuidado en *apreciar la relación de conexión directa y necesaria entre el límite al derecho fundamental y la finalidad*, constitucionalmente legítima, que le inspira (STCE 288/1994).

## V. PREVALENCIA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: DERECHO DE DEFENSA EN SENTIDO AMPLIO

La ponderación de los derechos fundamentales en liza ha de hacerse, por lo tanto, con arreglo a los expresados criterios.

Debe prevalecer la libertad de expresión cuando se trata, como aquí sucede, no ya de ejercitar el derecho de defensa mediante la utilización de los recursos pertinentes —pues la desaparición de la traba a la inscripción registral de la escritura autorizada por el demandado puede llevar a pensar que el perjuicio que con ello se causaba había igualmente desaparecido—, sino, en el ejercicio de ese mismo *derecho de defensa* ampliamente considerado, de *poner en conocimiento del organismo que tiene encomendada la superior dirección y el gobierno de la organización funcional a la que pertenece el actor, determinados hechos que, para quien los denunciaba, evidenciaban un irregular proceder de éste en el ejercicio de sus funciones públicas y podían ser constitutivos de infracciones disciplinarias*.

Ciertamente, en el contexto de una impugnación en vía gubernativa de una calificación registral, las manifestaciones vertidas, y sobre las que el tribunal de instancia pone el acento, no eran estrictamente necesarias para lograr el fin perseguido con el recurso; pero no menos cierto es que *su finalidad*, como se acaba de decir, no era la meramente impugnatoria, destinada a la revisión y revocación de un acto considerado jurídicamente incorrecto, sino que, además del estricto derecho a utilizar los recursos pertinentes, y en el marco del más amplio derecho de defensa, *tenían por objeto denunciar hechos de especial*

*gravedad, respecto de los cuales las expresiones, si bien duras, eran proporcionales a dicha gravedad, y constituían en definitiva la concreción de las actividades ilícitas que se imputaban al demandante, cuya realidad, como hecho, y cuya atribución debía constituir precisamente el objeto de la investigación que se reclamaba del Centro Directivo.*

La Sala entiende que se trata de manifestaciones relacionadas con la impugnación en que se materializaba el derecho de defensa, realizadas en el cauce de un procedimiento impugnatorio, y, en último término, dirigidas al Centro Directivo encargado del gobierno de la organización funcionarial a la que pertenecía el actor.

Las manifestaciones en las que se concreta la intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, lejos de presentar una finalidad difamatoria, de perseguir su desprestigio profesional y el desmerecimiento de su reputación mediante una imputación claramente falaz de conductas ilícitas o, cuando menos, reprochables, se muestran orientadas a denunciar supuestas irregularidades en el ejercicio de las funciones públicas y a lograr su corrección, y, en tal sentido, se encuentran amparadas por el contenido del derecho a la libertad de expresión en el marco del derecho de defensa ampliamente considerado, comprensivo del más específico derecho a defenderse frente a actos supuestamente ilícitos, cuya efectiva realización determina la expansión de la libertad de expresión, en tanto sirve a sus fines propios y como instrumento para la consecución de fines legítimos anudados a derechos e intereses de raigambre igualmente constitucional, con la correlativa comprensión del derecho al honor del demandante, cuya vulneración no es posible declarar.

RESUMEN

**DERECHO AL HONOR. LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

*Expresiones vertidas en los escritos dirigidos por un Notario a un Registrador de la Propiedad en el seno de un expediente registral y en los recursos formalizados ante instancias superiores. Debe prevalecer la libertad de expresión del Notario frente al derecho al honor del Registrador cuando, en el ejercicio del derecho de defensa en sentido amplio, se pone en conocimiento de la DGRN hechos que evidencian un irregular proceder del Registrador de la Propiedad en el ejercicio de sus funciones públicas, pudiendo ser constitutivos de infracciones disciplinarias.*

ABSTRACT

**RIGHT TO FREEDOM FROM ATTACKS ON ONE'S HONOUR. FREEDOM OF EXPRESSION**

*Expressions set down in documents addressed by a notary to a property registrar as part of a registration proceeding and in appeals to higher levels of authority. In notifications addressed to the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs reporting evidence of irregularities committed by a property registrar in the exercise of his public functions and possibly constituting disciplinary infractions, the notary's right to freedom of expression must prevail over the registrar's right to freedom from attacks on his honour.*

## 1.2. Familia

### ATRIBUCIÓN AL PADRE DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR TRAS EL FRACASO DEL REINICIO DE LA RELACIÓN CON SU HIJO A TRAVÉS DE UN RÉGIMEN DE VISITAS (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE  
*Profesora Contratada Doctora*  
*Derecho Civil UCM*

#### I. INTRODUCCIÓN: MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DEFINITIVAS

En el supuesto de hecho, objeto de comentario, la modificación de medidas gira en torno al cambio de guarda y custodia de un menor con el otro progenitor como medida para lograr la normalización de la relación padre-hijo ante el fracaso del régimen anteriormente acordado.

La AP de Vizcaya *desestima la demanda promovida por la madre de un menor en la que solicitaba la suspensión del régimen de visitas* establecido a favor del padre, y *acoge la reconvencción de éste atribuyéndole la guarda y custodia*.

Las medidas adoptadas se centran en otorgar la guarda y custodia del menor al padre, aunque previamente el primer mes residirá en el domicilio de la abuela paterna (2) donde podrá ser visitado por su madre (3). Visitas que en los primeros momentos serán supervisadas, pero que si pasan a celebrarse sin informes negativos del punto de encuentro se normalizarán (4). Si de las

---

(1) Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.<sup>a</sup>, sentencia de 12 de noviembre de 2008, recurso 507/2007. Ponente: ARRANZ FREIJO, María Lourdes. Número de recurso: 507/2007. Diario *La Ley*, número 7125, Sección Reseña de Jurisprudencia, 2 de marzo de 2009, Año XXX, Editorial LA LEY. LA LEY 176050/2008.

(2) Se atribuye la guarda y custodia de K a su padre. El menor será entregado a las 18:00 horas del próximo miércoles 31 de octubre de 2007, por la madre al padre y a la abuela paterna del menor, con sus enseres personales, ropa y material necesario para acudir al colegio; realizándose la entrega en el punto de encuentro de Bilbao, en presencia de un profesional de dicho centro. Desde el momento de la entrega hasta el 1 de diciembre de 2007, el menor residirá en el domicilio de la abuela paterna, donde podrá ser visitado por su madre. A partir de dicha fecha podrá pasar a vivir con su padre.

(3) Se establece entre la madre y su hijo K., el siguiente régimen de visitas supervisadas: a partir del 31 de octubre de 2007 hasta el 1 de febrero de 2008, las visitas serán supervisadas, y se celebrarán todos los sábados de 11:00 horas a 14:00 horas en el punto de encuentro de Bilbao, en presencia de un profesional de dicho centro. Este periodo se mantendrá durante tres meses, hasta el 1 de febrero de 2008, con las excepciones de los días 24 y 25 de diciembre de 2007, días en los que la madre podrá tener al menor, fuera del punto de encuentro, desde las 12:00 horas del día 24 hasta las 20:00 horas del día 25; así como, en la misma medida, el periodo que va desde las 12:00 horas del 5 de enero de 2008 hasta las 20:00 horas del 6 de enero de 2008.

(4) Si las visitas se celebran sin informes negativos del punto de encuentro, y el menor es entregado en el plazo señalado, a partir del 1 de febrero de 2008 las visitas se normalizarán de la forma siguiente: y consistirán en fines de semana alternos con pernocta, que se iniciarán a las 20:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo, así como los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas. Los festivos

visitas supervisadas se obtienen informes negativos en relación al comportamiento de la madre, las mismas se prorrogarán por periodos mensuales hasta que los informes dejen de ser negativos (5).

En cuanto al abono de los alimentos, se acuerda fijar una pensión de alimentos a cargo de la madre en favor de su hijo en la cuantía de 240 euros mensuales, que se abonará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que al efecto designe el padre custodio con los incrementos anuales conforme al IPC. Y los gastos extraordinarios del menor serán sufragados por ambos progenitores al 50 por 100.

## II. INEXISTENCIA DEL DENOMINADO SÍNDROME DE ALINEACIÓN PARENTAL EN EL MENOR

La *terapia de choque* establecida en la sentencia de instancia no ha modificado la inicial situación, *perjudicándose al menor al que se está ocasionando un gran sufrimiento*, habiéndose evidenciado a través de los informes emitidos por el punto de encuentro con posterioridad a la sentencia, que la conducta de la madre no es obstruccionista sino favorecedora de la relación, reiterando por tanto que debe ser tenida en consideración la voluntad de un *adolescente de catorce años*.

La AP de Vizcaya en esta segunda instancia *valora los informes emitidos por el punto de encuentro con posterioridad a la sentencia de instancia*, y ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 752.1 LEC, al tratarse de la guarda y custodia, de una materia de orden público por afectar a menores de edad.

Valoración de la prueba practicada que va dirigida a obtener la conclusión que resulte más beneficiosa para el menor, cuyo interés es el que en todo caso debe ser protegido.

La Sala no comparte la existencia del denominado síndrome de alienación parental, pues en ningún momento se realiza tal diagnóstico. El objetivo de la Sala es decidir *si el rechazo, que a todas luces el menor manifiesta hacia su padre, tiene alguna base objetiva que lo justifique, y de ahí se pudiera derivar un perjuicio para el menor que aconsejara la supresión del régimen de visitas hasta ahora vigente*.

Si se determinara que no existe ninguna base objetiva que lo justifique, *la posible manipulación de la madre o su entorno sobre el menor, sí tendrá incidencia* a la hora de adoptar el pronunciamiento más adecuado en orden a propiciar y lograr una relación padre e hijo satisfactoria, pues no hay que olvidarse, y eso aquí no se cuestiona, de que hay que partir de que la existencia de tal relación beneficia al menor y por ello se estableció un régimen de visitas, tras recabar el informe de especialistas que así lo aconsejaron.

La *perito psicóloga* concluye que el rechazo de K. hacia su padre, *se basa en un razonamiento moral preconventional, que busca su castigo retributivo*,

---

y puentes se unirán al fin de semana más próximo. Asimismo, la madre podrá tener en su compañía a su hijo la mitad del periodo vacacional del menor de navidad, semana santa y verano, eligiendo el periodo los años pares, y haciéndolo el padre los años impares.

(5) Asimismo, si la entrega del menor se retrasara en el tiempo, el periodo de visitas supervisadas será de tres meses a contar desde la efectiva entrega, manteniéndose los dos periodos fuera del punto de encuentro previstos.

*que no admite matices, demostrando en tal falta de ambivalencia una aptitud que se corresponde con edades más infantiles.*

Entendemos que la supresión de toda relación entre un padre y un hijo no puede sustentarse en el juicio moral, espontáneo o inducido, que un menor haya establecido sobre su progenitor.

El rechazo de K. hacia su padre se sustenta en un *discurso aprendido y estereotipado*, según la terapeuta del punto de encuentro, profesional cuya objetividad está también fuera de duda.

De los hechos se demuestra que no hay ningún motivo objetivo que justifique que el menor no pueda tener una relación normalizada con su padre, y al no haberse probado que el régimen de visitas le haya perjudicado y teniendo en cuenta que durante la ejecución de la visitas acordadas en los autos de separación, se evidencia que la madre no se muestra capaz de garantizar la normalización de la relación padre-hijo, finalidad que la Sala persigue, pues de conseguirse beneficiaría al menor, se propone otorgar la guarda y custodia al padre ya que según el criterio de la perito judicial, *K. necesita obtener datos suficientes y contrastados de su propia experiencia, construyendo una relación con su padre de manera real.*

La madre del menor no ofrece las debidas garantías, porque además de que todo parece indicar que el discurso en el que K. se escuda para no ver a su padre, no puede ser de su exclusiva elaboración y sí *muy influido por el entorno en el que ha vivido durante todos estos años, y su actitud no ha sido nada favorecedora del régimen de visitas establecido, permitiendo que el menor tomara una serie de decisiones que no le correspondían, tales como llamar al punto de encuentro para cancelar visitas, y reforzándole en su negativa a visitar a su padre, interponiendo al efecto múltiples recursos y procedimientos, y dificultando de forma activa que el padre pudiese articular una prueba pericial similar a las que ella ha incorporado en defensa de sus intereses; circunstancias todas ellas que desembocaron en el absoluto fracaso del régimen de visitas establecido en la sentencia cuya modificación se pretende.*

No es ninguna novedad y además era totalmente previsible que K. se opusiera a la custodia de su padre, y reiterara su discurso de enfrentamiento, pero no existe ninguna evidencia que nos indique que la situación de K. haya empeorado, no habiendo transcurrido todavía un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para poder examinar los efectos de la medida adoptada, pudiendo sin embargo afirmarse tal como sostuvo el Ministerio Fiscal que podríamos encontrarnos en un escenario mejor, pues lo cierto es que ahora K., que se encuentra ya en una fase de régimen de visitas ordinario con su madre, y se relaciona con ambos progenitores.

En resumen, la AP de Vizcaya tras valorar *el resultado de la prueba y la conclusión del Juzgador de la instancia y ante el fracaso de reiniciar la relación padre e hijo a través de un régimen de visitas, entiende que la única vía que se presenta como idónea para intentar una vez más articular una relación real, es la de otorgar al padre la guarda y custodia, siendo asimismo conscientes de la dureza de la situación que debe atravesar K., pero a pesar de ello, ratifica tal guarda y custodia, con el convencimiento de que su interés así lo demanda.*

RESUMEN

GUARDA Y CUSTODIA

*Ante el fracaso del reinicio de la relación del padre con el hijo a través del régimen de visitas, la única vía que se presenta como idónea para intentar articular una relación real entre ellos es la de concederle la guarda y custodia con la consiguiente revocación de su otorgamiento a la madre, a quien se le otorga el régimen de visitas.*

ABSTRACT

GUARDIANSHIP AND CUSTODY

*When visiting rights are not enough to provide father and child with the right environment to rebuild their relationship, the only potentially successful way of setting up a real relationship between the two is to grant guardianship and custody of the child to the father, and accordingly to revoke the guardianship and custody granted to the mother and give her visiting rights instead.*

1.3. Derechos reales

*EL ALCANCE DE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN A HIPOTECAS  
CONSTITUIDAS CON ANTERIORIDAD AL CONCURSO*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Doctora en Derecho*

*Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija*

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se pretende hacer un breve repaso a la situación legal y jurisprudencial en torno a las acciones de reintegración a la masa, cuando el deudor se encuentra en situación de concurso; únicamente nos centraremos en el análisis del alcance de dichas acciones a la constitución de garantías reales de hipoteca previamente constituidas.

II. EL CÓDIGO DE COMERCIO

El Código de Comercio, antes de la publicación de la Ley Concursal, regulaba el concurso de acreedores —antigua suspensión de pagos y quiebra— en los artículos 870 a 941.

Conforme al artículo 878 del Código de Comercio, una vez declarado en quiebra el deudor, el juez establecía un periodo de retroacción, de forma que todos los actos «de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos». De este modo, todos los actos dispositivos que el deudor hubiera realizado en ese periodo de tiempo quedaban sujetos a la retroacción, y por tanto podía solicitarse la nulidad de aquellos actos de dominio, entre ellos la constitución de hipotecas, que se

declaraban nulas, y el bien dispuesto o hipotecado quedaba reintegrado a la masa del concursado, y por tanto sujeto a las acciones de los acreedores en *par conditio*, sin preferencia alguna; pues la constitución de hipoteca garantizando un crédito determinado anterior, alteraba la misma, y por eso debía reintegrarse.

El TS mantuvo una firme doctrina en el sentido de considerar nulos los actos realizados por el deudor dentro de este periodo de retroacción, y por lo tanto también de las hipotecas constituidas en el mismo, basándose tanto en una falta de capacidad del quebrado o en infracción de una norma prohibitiva. En este sentido baste ver SSTs de 24 de octubre de 1989, 15 de noviembre de 1991, 19 de diciembre de 1991, 11 de noviembre de 1993, 28 de octubre de 1996, 22 de enero de 1999, 25 de octubre de 1999, 2 de diciembre de 1999, 16 de febrero de 2000, 28 de mayo de 2000, 8 de febrero de 2001, 11 de abril de 2002, 30 de septiembre de 2002 y 5 de diciembre de 2002.

Además del periodo de retroacción, podían señalarse determinados periodos sospechosos que varían en función de los actos que se contemplan en los artículos 879-882, en los que se podía impugnar actos concretos anteriores a la quiebra y que la Ley presumía como fraudulentos. Si se producían tales actos en dichos periodos sospechosos, podría solicitarse la rescisión de los mismos, si se dan los presupuestos establecidos en dichos artículos. En concreto el artículo 880.4.<sup>a</sup> establecía que «serán fraudulentos y serán ineficaces respecto a los acreedores del quebrado los contratos celebrados por éste en los treinta días precedentes a su quiebra si pertenecen a alguna de las clases siguientes: 4.<sup>a</sup> Hipotecas convencionales sobre obligaciones de fecha anterior que no tuvieran esta calidad o por préstamos de dinero o mercaderías cuya entrega no se verificase de presente al tiempo de otorgarse la obligación ante Notario y testigos intervinientes en ella».

Este era el sistema de reintegración existente con el Código de Comercio: nulidad absoluta de las hipotecas constituidas en el periodo de retroacción y rescisión por fraudulentas de las hipotecas constituidas treinta días antes de la quiebra si se otorgan sobre obligaciones que antes no estaban así garantizadas.

Este sistema era imperfecto, y el propio legislador introducía excepciones a la nulidad del periodo de retroacción (v.gr., art. 10 de la Ley de Mercado Hipotecario de 1981, art. 11 de la Ley sobre sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores de 1999, etc.). Además, el TS matizó también su postura sobre la nulidad de los actos de dominio realizados en el periodo de retroacción, poniendo de manifiesto lo insatisfactorio de su resultado, en concreto en las SSTs de 22 de marzo de 1985, 17 de marzo de 1988 y 4 de abril de 1989, el Tribunal Supremo llega a afirmar que: «el sistema de retroacción absoluta de la quiebra, con la consiguiente nulidad radical de los actos dispositivos posteriores a la fecha de retroacción, produce efectos perturbadores de la seguridad del tráfico», manifestando que existen otros procedimientos para conseguir la reintegración a la masa sin que se afecte tanto a la seguridad jurídica; pero a pesar de ello, sigue declarando el tribunal que este sistema de retroacción absoluta, a pesar de la inseguridad jurídica, «no vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva».

De esta forma, surge otra corriente en el propio TS, que aboga por declarar la nulidad sólo de aquellos actos que se hubieran realizado en perjuicio de la masa, inclinándose por una ineficacia relativa, siempre que no se hubiera producido un perjuicio para los acreedores. En este sentido se encuentran

las sentencias de 28 de mayo de 1960, 12 de marzo de 1993 y 20 de septiembre de 1993. Esta corriente jurisprudencial hace una interpretación conjunta del artículo 878.3 del Código de Comercio junto con el antiguo artículo 1.366 LEC, que restringe la legitimación para ejercitar las acciones de retroacción a los síndicos en los casos en los que los actos dispositivos se hubieran hecho en perjuicio de la masa (1).

Es decir, se cuestiona, por la propia jurisprudencia, los efectos de nulidad absoluta que parecen desprenderse de la retroacción contemplada en el artículo 878.3 del Código de Comercio, y se reclama un cambio.

### III. LA LEY CONCURSAL 22/2003, DE 9 DE JULIO

Ante este panorama, el cambio demandado en los efectos de la retroacción y en los procedimientos de reintegración, llegó con la Ley Concursal de 2003, que vino a regular el nuevo concurso de acreedores introduciendo cambios sustantivos.

En lo que se refiere a la reintegración de los bienes del deudor a la masa, el artículo 71 y siguientes de la ley establecen el nuevo régimen. A partir de ahora, y tal y como establece este artículo recogiendo las necesidades puestas de relieve por el propio TS y la doctrina, se olvida el sistema de nulidad y se proclama un sistema de rescisión de aquellos actos perjudiciales para la masa activa, en un periodo de dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiese existido intención fraudulenta (art. 71 LC).

Es decir, se pueden rescindir todos aquellos actos que sean perjudiciales para la masa, sin necesidad de probar el ánimo fraudulento, siempre que se hayan realizado dentro del periodo de dos años. Lo importante es probar el «perjuicio»; prueba que corresponde a quien ejercite la acción rescisoria (art. 71.4 LC); pero para facilitar dicha prueba se establecen dos tipos de presunciones:

- a) *Iuris et de iure*: se presume perjuicio patrimonial cuando se trate de actos de disposición a título gratuito y los pagos de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso (art. 71.2 LC).
- b) *Iuris tantum*: se presume el perjuicio patrimonial cuando se trate de actos dispositivos a título oneroso a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado y asimismo, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes, o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas (art. 71.3 LC).

De este modo, la nueva Ley Concursal cambia radicalmente el panorama legislativo sobre la reintegración a la masa, mucho más acorde, ahora, con los últimos planteamientos jurisprudenciales y doctrinales. Conviene destacar, en la materia objeto de estudio de este trabajo, que se presumen perjudiciales siempre la constitución de garantías reales —v.gr., hipotecas— que vayan a garantizar obligaciones preexistentes, salvo que se pruebe que no sean perjudiciales, en cuyo caso no se rescindirán. Estas hipotecas podrán rescindirse si causan perjuicio para el patrimonio del deudor, porque alteran la *par conditio*

---

(1) Véase, en este sentido, además de describir la evolución jurisprudencial de los efectos de la retroacción en este periodo, CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I., *Curso de Derecho Concursal*, Ed. Colex, Madrid, 2000, págs. 139-166.

*creditorum*; ya no es necesario el carácter fraudulento, ni tampoco existe la nulidad absoluta anterior.

Por lo tanto, lo importante ahora es determinar qué se entiende por perjuicio patrimonial, o perjuicio para la masa, y en función de ello podrá rescindirse o no determinada constitución de garantías.

Pero, si además, el acreedor hipotecario hubiera constituido dicha garantía posterior al concurso actuando de mala fe, su hipoteca no sólo será rescindible sino que su crédito contra la masa —pues consecuencia de la rescisión es la restitución de las prestaciones, y por tanto el cobro en el momento de la devolución del bien a la masa— se calificará como crédito concursal subordinado; lo que implica que cobrará en último lugar con respecto a la masa patrimonial, después incluso de los acreedores ordinarios (art. 73.3 LC) (2).

Ahora el sistema de reintegración pasa de ser general —nulidad absoluta— a un sistema individual en el que debe analizarse caso por caso si existe perjuicio patrimonial, y por lo tanto cabe la rescisión o no.

La Ley no define el perjuicio patrimonial, limitándose a establecer sus presunciones. El perjuicio patrimonial es un concepto jurídico indeterminado, que como dice la SAP de Barcelona, de 22 de mayo de 2008 y 5 de marzo de 2009: «se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa. Según la tesis estricta respecto al concepto del perjuicio patrimonial, éste sólo existirá como el detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, porque previamente hayan salido de la misma o se les haya gravado con cargas inmoderadas (SJM 2 de Bilbao, de 13 de octubre de 2006); mientras que la tesis amplia prefiere hablar de actos perjudiciales para la masa, entendiendo que son todos aquellos que no sólo suponen una reducción patrimonial del concursado, sino también cuando «el acto impugnado impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva del resto de acreedores, alterándose injustificadamente las preferencias de cobro» (SAP de Barcelona, de 11 de junio de 2007), es decir, que se alteren o perjudiquen los principios que rigen el concurso.

Debemos entender, por tanto, como perjuicio tanto la disminución del activo del deudor, así como el aumento de su pasivo, por ejemplo, por la constitución de un nuevo crédito o el otorgamiento de nuevas garantías o privilegios que alteren la *par conditio creditorum*, sustrayendo de la masa concursal determinados bienes —sobre los que recae la garantía— sometiénolos a una ejecución singular, perjudicando en definitiva al concurso. En este sentido, en principio, y tal y como recoge la propia Ley se entiende, entonces, que se establezca presunción de perjuicio en ese caso, pues la constitución de una nueva hipoteca a favor de un crédito preexistente, convertirá en privilegiado dicho crédito. Pero, no olvidemos que cabe la posibilidad de que no exista tal perjuicio, y, si así se probara, no habría lugar a la rescisión.

Muchas son las sentencias que recogen la rescisión de hipotecas constituidas en garantía de créditos anteriores, por presumirse el perjuicio patrimonial,

---

(2) Véase el artículo 73.3 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio: «El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado».

véase, entre otras muchas, SJM 1 de Valencia, de 25 de noviembre de 2005; SAP de Barcelona, de 26 de septiembre de 2006; SSJM 2 de Barcelona, de 25 de febrero de 2005 y 1 de Bilbao, de 29 de diciembre de 2006; SAP de Barcelona, de 11 de junio de 2007.

Pero, como ya hemos dicho el agravante del perjuicio, respecto a las consecuencias de la rescisión, es la mala fe del acreedor. En estos casos, según el tenor literal de la Ley, en su artículo 73.3, la consecuencia de la rescisión no será solamente la restitución de prestaciones, y por tanto el reintegro del bien hipotecado a la masa, y el cobro simultáneo del crédito del acreedor (arts. 73.1 y 2 LC), sino que el crédito del acreedor que actuó de mala fe no se cobra simultáneamente, sino que pasa a ser un crédito subordinado. La aplicación, basada en una interpretación literal de este precepto, ha dado lugar a sentencias no muy acertadas, pues califican un crédito hipotecario como subordinado, por entender que el acreedor hipotecario que lo concedió actuó de mala fe cuando lo hizo para facilitar la refinanciación del deudor.

Es decir, se ha aplicado este artículo 73.3 LC cuando, ante la posible insolvencia del deudor, y el cercano vencimiento de la obligación, el acreedor intenta su refinanciación a través de la constitución de una garantía hipotecaria que asegura dicho crédito, que concede nuevo plazo de vencimiento al deudor, o incluso concede un nuevo crédito garantizado con hipoteca para facilitar el pago de la primera obligación. En este caso, se ha apreciado por los tribunales mala fe del acreedor y se ha calificado el crédito de subordinado.

Así ocurrió en la sentencia del Juzgado número 1 de lo Mercantil de Madrid, de 21 de mayo de 2007, contra el Banco Espirito Santo, pues el juez calificó como subordinado el crédito que dicha entidad concedió a su deudor para refinanciar su deuda.

El supuesto de hecho era el siguiente: en diciembre de 2004 el Banco Espirito Santo constituye una hipoteca en garantía de un préstamo anterior que se destina a cancelar los saldos deudores derivados de la cuenta de préstamo suscrita entre las partes. La deudora es declarada en concurso en febrero de 2006. El Banco Espirito Santo conocía las dificultades económicas por las que atravesaba la concursada, y tal y como dice la sentencia, «el conocimiento que tales dificultades económicas podían acarrear el concurso de la entidad Sistelcom Telemensaje, S. A., movió a la entidad Banco Espirito Santo a blindar su crédito». Se señala, además, que «el acreedor persiguió asegurarse, cualquiera que fuera la situación que sobreviniera, la percepción de la cantidad que había sido prestada», lo que denota una intención «que pierde legitimidad cuando se realiza ante un escenario de más que probable insolvencia del deudor». Y continúa diciendo que esto supone «un detrimento del cobro de otros créditos cuyos titulares carecen de la capacidad de exigir la constitución de garantías»; es decir, el Juez entiende que, desde luego existe perjuicio para la masa, pero además por todo lo dicho que existe mala fe por parte del acreedor, pues conoce la situación de posible insolvencia y concurso, y busca su propio beneficio, y evita, de esta manera, los efectos del concurso, y aplica literalmente el artículo 73.3 LC, «degradando» el crédito. Según la sentencia, la refinanciación realizada sólo produce dos efectos: la constitución de un privilegio especial a favor del Banco Espirito Santo, y el aumento de la masa pasiva de la entidad; y por eso, entiende que se ha producido el perjuicio patrimonial, que se presume en el artículo 71.3 LC, «cuando se constituyan garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas constituidas en sustitución de aquéllas». En el mismo senti-

do pueden citarse la SJM 2 de Bilbao, de 13 de septiembre de 2006, SJM 2 de Barcelona, de 18 enero de 2006.

Esta sentencia es criticable, desde mi punto de vista, pues aplica literalmente el artículo 73.3 LC, dando por probada la mala fe directamente. Ha de considerarse que existe mala fe, en estos casos, «si se prueba que quien contrató con el concursado sabía o debía saber cuando realizó tal contratación que el negocio era perjudicial para los acreedores» (SJM de Córdoba, de 25 de julio de 2005); es decir, el conocimiento de la situación económica delicada, previa a un concurso, lo que lleva a pensar que el acto que se acaba de realizar puede perjudicar a la masa patrimonial. La mala fe tiene un fundamento objetivo, el perjuicio patrimonial, y no subjetivo —la intención fraudulenta— (SAP de Alicante, de 9 de abril de 2008). Pero, como dice la SAP de Alicante, de 10 de junio de 2008, «resulta insuficiente, para apreciar la mala fe, que el tercero simplemente participe en el negocio conociendo la situación de crisis que padece la otra parte. Es necesario que además sepa que el negocio lo realiza aquél con intención de perjudicar a sus acreedores, esto es, de lo que se requiere es sustraer bienes en perjuicio de los acreedores. Hay mala fe cuando existe *consilium fraudis*». De esta forma, el simple hecho de otorgar una garantía hipotecaria conociendo las dificultades económicas del deudor, no pueden llevar a concluir que el acreedor actuó de mala fe; se necesitaría que, además, conozca y sepa que esa acción es perjudicial, y contribuyera conscientemente, al establecer tal garantía, a extraer el bien hipotecado de la masa.

Los acreedores hipotecarios pueden constituir esas garantías precisamente con la intención de refinanciar al deudor, no sólo para intentar cobrar ellos y perjudicar consecuentemente a otros acreedores —mala fe—, sino que dicha refinanciación puede favorecer también al resto de acreedores, pues con la misma, pueden disminuir el pasivo haciendo frente, por ejemplo, al pago de otras deudas, de otra forma imposible sin la refinanciación, y queda claro que si se constituyen garantías para refinanciar al deudor, el acreedor en estos casos conoce la situación económica delicada, pero no por ello, directamente debe haber mala fe. Es decir, no creo que siempre estas operaciones financieras se produzcan con mala fe del acreedor, y muchas veces, ni siquiera, podrán ser calificadas como perjudiciales para la masa, sino a veces, al contrario, eso sí habrá que probarlo, para destruir la presunción *iuris tantum* del artículo 71.3 LC. Por eso considero al menos cuestionable el sentir de esta sentencia.

En este orden de cosas se produce una modificación legal de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, por la Ley 41/ 2007, de 7 de diciembre, sobre Reforma del Mercado Hipotecario. Esta Ley modifica el artículo 10 de la Ley de Mercado Hipotecario, para ponerlo de acuerdo a la nueva legislación concursal, en el sentido de excluir de las acciones de reintegración las hipotecas basadas en el perjuicio de la masa, de forma que sólo se podrán rescindir las hipotecas inscritas a favor de las entidades financieras o de crédito (del art. 2 de la Ley 2/1981) al amparo de lo previsto en el artículo 71 LC por la administración concursal, cuando demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen. Parece, entonces, que, en la constitución de hipotecas por Entidades de Crédito —la mayoría—, sí va a ser necesario probar el carácter fraudulento de las mismas para poder rescindir las, sin que baste la presunción de perjuicio para la masa. Se pretende que estas hipotecas queden al margen del concurso, salvo que se constituyeran con la intención de perjudicar claramente a la masa por el acreedor y salir él beneficiado. Es decir, podemos intuir —siempre según mi opinión— que el legis-

lador entiende que, en determinadas ocasiones, como por ejemplo en las refinanciaciones, la constitución de nuevas hipotecas no es siempre fraudulenta, sino que puede ser beneficiosa para el propio deudor concursado, y por eso restringe la rescisión de las mismas, las excepciona.

Por otra parte, no se puede olvidar que la misma Ley 41/2007, de Reforma del Mercado Hipotecario, introdujo dos figuras nuevas de hipotecas: la «flotante y la recargable», que pueden permitir la refinanciación de los deudores, y que difícilmente podrían calificarse como hipotecas rescindibles, porque no encajan en el supuesto del artículo 71.3 LC, de presunción del perjuicio patrimonial, ya que no se trata de la constitución de nuevas garantías, pues la hipoteca ya existía antes de su recarga, o antes de que una nueva obligación prevista quede protegida bajo el «paraguas de la flotante». Luego, en estos casos, creo que se podría dar solución a una posible refinanciación del deudor sin que sea posible su rescisión en virtud del artículo 71 LC.

#### IV. LA SENTENCIA AP DE BARCELONA, DE 5 DE MARZO DE 2009

Frente a la rescisión individualizada de los actos del deudor concursado cuando exista perjuicio, tal y como exige la Ley, matizado o restringido en el caso de hipotecas constituidas por entidades financieras, pues en ellas es necesario probar no sólo el perjuicio sino también el carácter fraudulento, nos encontramos con una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que cambia la interpretación jurisprudencial seguida hasta ahora.

Los hechos son los siguientes: en la sentencia de primera instancia se ordena la rescisión de una serie de hipotecas constituidas por el deudor a favor de distintas entidades financieras por presumirse perjudiciales contra la masa conforme al artículo 71.3.2.<sup>a</sup> LC.

El BBVA, titular de una de esas hipotecas, recurre la sentencia en apelación, negando que se trate de una hipoteca perjudicial para la masa, pues con la misma se ha facilitado la refinanciación de la deuda. En concreto se trata de la constitución de una hipoteca en garantía de un crédito en cuenta corriente de un millón de euros, que se destinó parcialmente: 631.653 euros a cancelar una previa póliza de crédito que había vencido el 29 de septiembre de 2006, y la diferencia 368.347 euros quedó a disposición de la concursada acreditada, quien a partir de entonces fue abonando con ello nuevas obligaciones. De este modo, y según el BBVA, la constitución de esta garantía estaba justificada, «pues convierte la deuda a corto en deuda a largo plazo y porque se ampliaba el crédito de la concursada, lo que impide, a todas luces, incluir el negocio dentro de la presunción de perjuicio del artículo 71.3.2.<sup>a</sup>, y en todo caso muestra que no es perjudicial para la masa activa».

El Tribunal, ante las alegaciones del BBVA afirma que, en principio, y conforme al artículo 71.1 LC, son rescindibles todos los actos perjudiciales para la masa realizados dos años antes de la declaración del concurso, y que la administración concursal aplicó en este supuesto la presunción de perjuicio del artículo 71.3 LC. A continuación, define qué debe entenderse por perjuicio, que, como ya hemos dicho, supone «sacrificio patrimonial injustificado que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC)». En este caso concreto, el Tribunal considera que sí que existe sacrificio patrimonial por la constitución de una nueva garantía, ya que «constituye una merma del valor del bien en la

medida que se afecta al cumplimiento de una obligación, lo que se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien», y continúa afirmando que «el constituir una hipoteca para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra anterior «debe considerarse injustificado, pues además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la *par conditio creditorum*, al conceder al acreedor el derecho a satisfacerse su crédito con lo obtenido de la realización del bien gravado y al margen del concurso, o con preferencia al resto de los acreedores». Por lo tanto, y en principio, la constitución de nuevas garantías hipotecarias es perjudicial, tal y como lo presume el artículo 71.3 LC.

Pero, sin embargo, en este caso concreto se dan una serie de circunstancias, que aprecia el Tribunal, en virtud de las cuales, parece probarse que la constitución de dicha garantía no es perjudicial; se admite la prueba en contrario de dicha presunción, y por lo tanto, debe excluirse la rescisión de la misma. En concreto, el Tribunal argumenta de la siguiente forma: «En el siguiente caso concurren una serie de circunstancias que deben ser valoradas: primero, que la hipoteca no se constituyó enteramente para garantizar una obligación preexistente —en este caso una nueva que sustituye a otra anterior—, sino que algo menos de dos terceras partes, aproximadamente, del crédito garantizado con hipoteca se destina a cancelar otra deuda anterior vencida y exigible, y algo más de una tercera parte es una ampliación de crédito; y segundo, que respecto del crédito preexistente, se transforma una deuda inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses de descubierto, en una deuda a largo plazo, un año, a un interés menor que el propio descubierto. Ambas circunstancias, en el contexto en que se renegó la deuda, en octubre de 2005, seis meses antes de que se instara el concurso de acreedores, justifican el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca, lo que excluye el perjuicio».

Es decir, en este caso concreto se da por probado que no existe perjuicio para la masa, por el hecho de constituir una garantía hipotecaria, destinada a la refinanciación de la concursada, y a cancelar otras deudas anteriores. Criterio completamente distinto al de anteriores sentencias, que supone, a mi juicio, un cambio jurisprudencial acertado, que obliga a examinar individualmente los casos concretos de constitución de garantías hipotecarias, y a probar la existencia de perjuicio, pues muchas veces, y como ya adelantamos, la constitución de tales garantías es el único modo de refinanciación de deuda que tienen las empresas, que les proporciona un balón de oxígeno para poder hacer frente a deudas a corto o ya vencidas, que de otro modo, sería imposible, y agravarían su situación para un posible concurso. En definitiva, una sentencia acertada, razonada y, como veremos a continuación, se anticipa a los nuevos cambios legislativos, demandados por la situación de crisis económica en la que nos encontramos, que requiere nuevas medidas de refinanciación empresarial.

#### V. REAL DECRETO 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA

Este Decreto se publica con la intención de hacer frente a la nueva situación de crisis económica en la que nos encontramos, y en el mismo se preten-

den adoptar de forma rápida una serie de medidas paliativas de la misma. En este sentido, en la propia Exposición de Motivos, se hace referencia a los cambios necesarios en la legislación concursal, pues «la vigente Ley se dictó en el año 2003 en un entorno económico completamente distinto al actual, y no ha sido hasta que la crisis financiera internacional se ha trasladado a las empresas cuando se ha podido comprobar la inadecuación de algunas de sus previsiones. Sin perjuicio de que en el futuro sea necesario revisar en profundidad la legislación concursal a la luz de la intensa experiencia vivida en los tribunales como consecuencia de la crisis, en este momento es preciso acometer ya una serie de reformas en aquellos aspectos concretos cuyo tratamiento normativo se ha revelado más inconveniente. Las modificaciones contenidas en el presente Decreto-ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia...».

Consecuencia de esto, en el artículo 8 del Real Decreto-ley se introduce la nueva Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal, que pretende facilitar la refinanciación de las empresas, definiendo qué se entiende por acuerdos de financiación, y sobre todo, que es lo que más nos interesa, añade en el párrafo segundo, que dichos acuerdos de refinanciación, y los negocios, actos o garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no podrán ser objeto de la rescisión del artículo 71 LC, siempre que cumplan unos determinados requisitos.

Transcribimos la nueva Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal.

#### DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA

Acuerdos de refinanciación:

1. A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo.
2. En caso de concurso, los acuerdos de refinanciación a que se refiere el apartado anterior, y los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley, siempre que cumplan los siguientes requisitos:
  - a) Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen, al menos, tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.
  - b) Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el Registrador Mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de

la información proporcionada por el deudor sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.

- c) Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.
3. Declarado el concurso, sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra estos acuerdos.

Como hemos dicho, esta nueva Disposición Adicional viene a confirmar el criterio de la SAP de Barcelona, de 6 de febrero, en el sentido de considerar que la constitución de garantías hipotecarias, en el caso de suponer o facilitar la refinanciación de deudas, no tienen porqué suponer siempre un perjuicio para la masa; sino que, más bien al contrario, son un sistema eficaz para conseguir la mejora de la situación financiera de los deudores, sobre todo en esta época de crisis. Me aparece, por tanto, adecuado este nuevo precepto; sin embargo, los requisitos administrativos que se exigen para evitar la rescisión pueden dificultar su constitución, y tal vez habría sido mejor rebajarlos.

No obstante, con la nueva línea jurisprudencial, tímidamente, iniciada por la citada SAP de Barcelona, y con este nuevo precepto legal, se abre la vía para un mejor examen de las situaciones concretas y un profundo análisis de la prueba del perjuicio patrimonial por la constitución de garantías hipotecarias en situaciones de refinanciación, que lejos de ser perjudiciales, suelen ser «tablas de salvación» de futuros concursados.

#### RESUMEN

##### *HIPOTECA. CONCURSO*

*Se recoge en este trabajo los cambios legales y jurisprudenciales producidos en torno a las acciones de reintegración derivadas del concurso, en cuanto a su alcance a las hipotecas previamente constituidas por el deudor concursado. En concreto, cómo ha quedado la situación tras la reciente publicación del Real Decreto-ley de Medidas Urgentes, de 27 de marzo de 2009, y las últimas sentencias de Audiencias Provinciales, que recogen el sentir de este decreto y cambian la interpretación jurisprudencial existente hasta ahora sobre dicho alcance.*

#### ABSTRACT

##### *MORTGAGE. BANKRUPTCY*

*This paper deals with how law and jurisprudence have changed their outlook on action for reimbursement stemming from bankruptcy proceedings in terms of the effect the scope of such action has on mortgages created before the borrower went bankrupt. Particularly, it discusses the current state of affairs in the wake of the recently published Royal Decree Law on Urgent Measures of 27 March 2009 and recent rulings by provincial appellate courts, which are echoing the royal decree law and changing the interpretation that jurisprudence has hitherto put on the scope of action for reimbursement stemming from bankruptcy proceedings.*

## 1.4. Sucesiones

*LAS DEUDAS CONTRAÍDAS POR EL CAUSANTE EN SU EJERCICIO  
PROFESIONAL HAN DE INCLUIRSE EN EL PASIVO DE LA HERENCIA.  
EXIGIBILIDAD DE LOS INTERESES MORATORIOS EN RELACIÓN  
CON EL VALOR DE LA LEGÍTIMA*

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL  
*Profesora Titular de Derecho Civil. UNED*

### I. PLANTEAMIENTO

La partición de la herencia requiere que previamente se haya realizado un inventario de los bienes, para lo que se precisa liquidar, a su vez, la sociedad conyugal, si la hubiere. Hay que proceder a determinar el activo y el pasivo hereditario. Dentro del pasivo habrán de incluirse las deudas contraídas por el causante en su ejercicio profesional.

### II. INVENTARIO DEL CAUDAL RELICTO

El inventario ha de contener la descripción de los bienes que forman parte de la herencia. Como decía la antigua sentencia del Supremo, de 29 de noviembre de 1889, «los bienes indeterminados y no descritos están sin inventariar y, no habiendo inventario, no hay términos hábiles de liquidar y dividir la herencia».

Es necesario, por tanto, realizar un inventario con el activo y el pasivo hereditario, si bien, a veces queda algún bien sin incluir en el inventario y posteriormente se reclama. En estos supuestos, el Supremo sigue el principio de conservación de la partición, evitando la nulidad de la partición practicada, «lo que no es obstáculo para enmendar los defectos que se observen y rectificar lo que deba hacerse», según la STS de 25 de febrero de 1969. Siguiendo esta línea, sostiene el Alto Tribunal que si hubo acuerdo entre los herederos y se practicó la partición y adjudicación de los bienes relictos, no cabe hacer una nueva división de la herencia, sin perjuicio de que «si existen bienes no inventariados se verifique una partición suplementaria, pero sin rescindir la primitiva, según ordena el artículo 1.079 del Código Civil y quedando siempre a salvo los derechos que a los interesados puedan asistir para, en el juicio ordinario que corresponda, formulen su pretensión en orden a la inclusión o exclusión de bienes e impugnación si procede de operaciones llevadas a cabo» (STS de 9 de abril de 1990).

El principio de conservación de la partición tiene gran raigambre en la jurisprudencia con el fin de evitar en cuanto sea posible que una partición se anule o resuelva, las sentencias que propugnan tal principio son muy numerosas: sentencias de 30 de abril de 1958, 13 de octubre de 1960, 25 de febrero de 1969 y 31 de mayo de 1980...

1. PASIVO DE LA HERENCIA: DEUDAS CONSULTORIO DE ODONTOLOGÍA

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de noviembre de 2008, se plantea la inclusión en el pasivo de la herencia de las deudas contraídas por el causante en su ejercicio profesional de odontólogo a pesar de que al consultorio no se le hubiese dado un valor propio como negocio o empresa. El Supremo dice que no obsta a su inclusión el hecho de que al consultorio como tal no se le hubiese valorado, ya que no se trata de «obligaciones *ob rem* intrínsecamente ligadas a los inmuebles dedicados a dicho ejercicio». Rechaza así el argumento de la demandante de que si no se integró el valor del consultorio en el patrimonio relicto tampoco podrán deducirse del mismo las cargas de dicho consultorio.

III. INTERESES MORATORIOS

Es interesante el tema que plantea la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de noviembre de 2008, sobre los intereses moratorios por el tiempo transcurrido sin haber recibido la cantidad que en concepto de legítima correspondía.

Se solicitaba el abono de la doceava parte del valor en que se fija el patrimonio relicto del causante al tiempo del fallecimiento más el abono de los intereses legales de dicha suma desde la presentación de la demanda. La demandante, hija extramatrimonial del causante, con estado de filiación reconocido legalmente por sentencia, exigía su legítima a la viuda de aquél. El Juzgado estimó la demanda y condenó a la viuda, como heredera de su difunto esposo, a pagar a la demandante por su legítima una suma cercana a los cien mil euros, sin imponer las costas a ninguna de las partes. La hija interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia, además de condenarla en costas. El Supremo declaró no haber lugar al recurso y, también, le impuso la condena en costas.

La recurrente alegaba infracción del artículo 1.108 del Código Civil, que establece que cuando la obligación consista en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriese en mora, la indemnización de daños y perjuicios, cuando nada se hubiese convenido será el interés legal. Asimismo alegaba infracción de la doctrina jurisprudencial sobre este precepto poniendo de manifiesto el cambio experimentado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar el mencionado artículo 1.108, pasando de aplicar el principio *in iliquidis non fit mora* a rechazarlo, por lo que entendía que «de mantenerse la sentencia recurrida, no sólo se produciría un enriquecimiento injusto... al haberse lucrado con los beneficios de dicha suma indebidamente retenida en su poder, sino que se animaría a los deudores morosos a esperar el proceso para lucrarse mientras tanto con los frutos civiles de las sumas indebidamente retenidas en su poder».

El Supremo desestimó el motivo con la siguiente argumentación que, por su interés, a continuación transcribimos: «Ciertamente que la jurisprudencia de esta Sala ha flexibilizado la aplicación del brocardo jurídico *in iliquidis non fit mora* para evitar los efectos que acabamos de consignar, precisamente en los casos en que se demanda el abono de cierta cantidad, y el deudor demandado se niega o estima que la cuantía debida es menor. Pero flexibilizarlo no implica prescindir por completo de él, porque iría contra la realidad de las

cosas: un deudor no puede ser moroso si no sabe qué o cuánto debe, ni ningún acreedor puede reclamar nada en estas condiciones. Si la concreción de lo debido hace necesario de todo punto su fijación en una sentencia, hasta que la misma no se dicte la cantidad no es líquida, y si la sentencia proviene de la oposición arbitraria, poco o nada racional, o mala fe del demandado, la cantidad fijada en la sentencia devengará intereses moratorios desde la interposición de la demanda. En el caso de autos, la necesidad de la declaración judicial era objetiva, pues la actora, hoy recurrente, no pidió la condena de la demandada al pago de una determinada cantidad, sino que su pretensión, contenida en la *súplica* de su demanda, fue la de que fijase el valor del patrimonio relicto a D. R. en la fecha de su fallecimiento, se le abonase la doceava parte y los intereses legales desde la presentación de la demanda. Es claro lo imprescindible que era la concreción de aquél valor, y por ello no se podían conceder intereses moratorios debido a que no existía todavía ninguna cantidad de los que emanarían.

Por último, hay que señalar que fue la conducta de la propia recurrente la que impidió gozar de la cantidad que le reconocía la sentencia de primera instancia, pues fue ella la que únicamente la apeló e interpuso recursos contra la sentencia de la Audiencia. Así las cosas, en modo alguno puede acusarse de retención indebida de sumas a la demandada, y no es admisible que las consecuencias que para la economía de la actora suponen sus actuaciones procesales recaigan sobre aquélla».

El interés legal que ha de abonarse en concepto de indemnización de daños y perjuicios, «no se debe cuando su determinación legal depende de las resultancias del juicio» (STS de 16 de marzo de 1910, 18 de noviembre de 1960, 20 de diciembre de 1966 y 9 de junio de 1981), por tanto, sólo cabe la condena a abonar los intereses moratorios desde la firmeza de la sentencia y no a partir de la interposición de la demanda (STS de 18 de octubre de 1982) ya que el abono de intereses por dicha suma ha de computarse desde la fecha en que se produjo la interpretación judicial (STS de 14 de diciembre de 1985), pues sólo puede operar desde que la sentencia recaída en el proceso haya ganado firmeza (STS de 12 de julio de 1984). Es necesario, por tanto, que exista una declaración judicial que determine su existencia y cuantía para que puedan exigirse intereses moratorios (STS de 17 de noviembre de 2008).

#### IV. CONCLUSIONES

El Supremo considera que deben incluirse en el pasivo de la herencia las deudas del causante contraídas en el ámbito de su ejercicio profesional aunque no se le hubiese asignado un valor como negocio o empresa.

Para que puedan exigirse intereses moratorios por la suma correspondiente a la legítima es necesario que esté fijado el valor del patrimonio relicto, en consecuencia, cuando éste ha de determinarse judicialmente serán exigibles a partir de la sentencia que determine su existencia y cuantía, no antes.

RESUMEN

SUCESIÓN HEREDITARIA. LA PARTICIÓN

*Se analiza la posición de la jurisprudencia respecto a la inclusión de las deudas contraídas por el causante en su ejercicio profesional en el pasivo de la herencia.*

*Se realiza un estudio sobre la exigibilidad de los intereses moratorios en relación con la porción de la legítima.*

ABSTRACT

HEREDITARY SUCCESSION. PARTITION

*This is an analysis of the position of jurisprudence on the subject of debts contracted by the deceased in a professional capacity and the inclusion of such debts in the estate's liabilities.*

*The article looks at demands for interest on late payment in connection with legitimes.*

### 1.5. Obligaciones y Contratos

*POR IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN O PÉRDIDA DE LA COSA OBJETO DE LA MISMA, O BIEN, DE VARIAS DE LAS PRESTACIONES, SE PRODUCE EN EL PRIMER CASO, LA CONCENTRACIÓN, Y EN EL SEGUNDO, LA EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN*

por

ISABEL MORATILLA GALÁN  
*Licenciada en Derecho*

Las obligaciones alternativas son aquellas en las que están determinadas varias prestaciones, pero la relación jurídica entre acreedor y deudor recae sobre una sola de ellas, siendo ésta la que se individualice mediante la llamada concentración. En la obligación alternativa el deudor debe cumplir y el acreedor puede exigir una de las prestaciones, que es la que resulte determinada tras la concentración; en la definitiva, la obligación recaerá sobre una sola prestación, que debe cumplirse «por completo», tal y como señala el artículo 1.131 del Código Civil. No puede el acreedor exigir más, ni puede el deudor cumplir parte de una y parte de otra. Sin embargo, en las obligaciones facultativas, que son aquellas en las que el deudor debe cumplir y el acreedor puede exigir una única y determinada prestación, la especialidad está en que el deudor puede cumplir la obligación no sólo realizando esta prestación, sino también realizando otra distinta, la determinada. En este orden de cosas, la doctrina establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo —citamos a este respecto la sentencia de 28 de febrero de 1961—, al no aplicar la figura jurídica de las obligaciones facultativas u obligaciones con facultad alternativa o facultad solutoria, asigna a la obligación facultativa, como contenido, un solo objeto, aunque con la facultad concedida al deudor de cumplir la obligación entregando un objeto distinto, el cual, a tenor de lo contemplado en la STS de 16 de diciembre de 1983, no está en la obligación, aunque sí en la solución, y además, en la STS de 22 de junio de 1984, en la obligación facultativa o con facultad alternativa, que la doctrina y jurisprudencia definen como aquella que contiene una sola prestación, se concede una facultad solutoria que per-

mite en el momento del pago realizar una prestación distinta, según la fórmula tradicional de: una cosa es la obligación y otra la facultad solutoria, así la posibilidad de sustituir la prestación originaria por otra diversa, extinguiendo el crédito, viene atribuida a la unilateral decisión del deudor, sin que el cumplimiento quede subordinado al asentimiento del acreedor. La diferenciación de esta clase de obligaciones con las alternativas es clara, ya que en éstas se debe una prestación de entre varias, prestaciones no individualizada, y en aquéllas se debe una totalmente individualizada, y así en las alternativas se paga con la prestación que se debe, la única que se debe, o con otra, que es la prestación facultativa, estableciéndose en la última de las sentencias citadas que las obligaciones alternativas se caracterizan por su contenido disyuntivo, con varias posibilidades de prestación en concurrencia no acumulativa y con indeterminación relativa en tanto no se produzca la concentración antes del cumplimiento o mediante la solución, elección que, normalmente, corresponde al obligado por virtud de la regla del *favor debitoris*.

La individualización de la concreta prestación que se va a realizar se llama concentración. Puede hacerse de cualquier forma, expresa o tácitamente, antes del cumplimiento o por el mero hecho de cumplir realizando una concreta de las varias prestaciones. El Código Civil regula la concentración por elección y la concentración por imposibilidad sobrevenida. En la concentración por elección se declara que ésta corresponde al deudor —expresión del principio *favor debitoris*, sin embargo, éste no puede elegir, precisamente una prestación que no pueda cumplir: imposible, ilícita, o que no hubiera podido ser objeto de la obligación—, si no se ha pactado que sea el acreedor, así lo manifiesta el artículo 1.132 del Código Civil. La elección es, en sí, una declaración de voluntad recepticia por la que se elige la prestación que habrá de ser cumplida: es irrevocable y no necesita la aceptación de la otra parte, aunque sí la notificación, y hecha la elección, ésta debe ser notificada a la otra parte, tal como ordena el artículo 1.133 del Código Civil cuando dispone: «la elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada». Una vez hecha la notificación, la obligación funciona como si no fuera alternativa, como dice el segundo inciso del párrafo 1.º del artículo 1.136 del mismo cuerpo legal: la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla hubiese sido notificada al deudor, lo cual no hace sino ratificar lo dicho al tratar del concepto de la obligación alternativa, que ha resaltado que la especialidad existe desde su constitución a la concentración, pero notificada ésta, la obligación deviene normal, sin especialidad alguna.

Los artículos 1.132 y 1.133 del Código Civil, ya mencionados, tratan de la concentración por elección, es decir, de la concentración de la obligación alternativa, mientras que el artículo 1.134 y siguientes del mismo texto legal contemplan la concentración por imposibilidad sobrevenida, así cuando la elección corresponde al deudor y deviene imposible, por imposibilidad de la prestación o pérdida de la cosa objeto de la misma, o bien varias de las prestaciones, o bien todas ellas, se produce la concentración en el primer caso o la extinción de la obligación en el segundo. De tal forma que se produce la imposibilidad de varias de las prestaciones correspondiendo la concentración por elección al deudor, pues el artículo 1.134 prevé que la facultad de elegir desaparece si todas menos una devienen imposibles: deberá cumplir ésta; realmente, si la obligación alternativa se convirtió en obligación normal, con prestación única. La misma idea debe aplicarse si devienen imposibles varias de las prestaciones, no todas, quedando más de una porque entonces la facultad

queda reducida a las prestaciones que no son imposibles. Lo que este precepto no distingue es si la imposibilidad se ha producido por culpa o no del deudor, ni realmente importa, ya que la elección le correspondía a él.

El artículo 1.135, por su parte, continúa, en parte, lo dispuesto en el anterior, puesto que si la concentración por elección corresponde al deudor y la imposibilidad alcanza a todas las prestaciones de la obligación alternativa, imposibilidad de que es culpable el deudor, éste deberá indemnizar al acreedor por el valor de la última prestación que devino imposible, ya que se supone que, al corresponderle a él la elección, hizo la concentración en la última prestación que fue posible. Y si esta imposibilidad, que alcanza a todas las prestaciones, se ha producido sin culpa del deudor, la obligación se extingue y él queda liberado y, aunque no lo dispone explícitamente este artículo, se deduce de las normas generales.

El artículo 1.136 contempla la concentración por elección y por imposibilidad sobrevenida en el caso de que «la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor». Concentración por elección, atribuida al acreedor, contra la norma general del artículo 1.132: la elección la hará el acreedor, declaración de voluntad recepticia que se notifica al deudor y desde entonces éste debe cumplir y el acreedor puede exigir la prestación elegida, como si fuera una obligación normal o, como «la obligación cesará de ser alternativa». Concentración por imposibilidad sobrevenida, correspondiendo la elección al acreedor, varía según tal imposibilidad de las prestaciones, pérdida de la cosa debida en la obligación de dar, o imposibilidad de realizar la prestación en las de hacer o no hacer, se haya producido sin culpa del deudor o por culpa de él, y según sea parcial o total, afectando a algunas o a todas las prestaciones.

## CONCLUSIONES

Si la imposibilidad es sin culpa del deudor y es parcial, la concentración se hará por elección del acreedor de una de las prestaciones que no son imposibles o se concentrará en la única, si sólo una ha permanecido posible. Si la imposibilidad sin culpa del deudor es total, se extingue la obligación y queda liberado el deudor. Y si la imposibilidad es por culpa del deudor y es parcial, el acreedor podrá elegir que cumpla con alguna de las prestaciones que no han devenido imposibles o indemnizando con el valor de alguna de las imposibles y si es total el acreedor elegirá el valor de cualquiera de las prestaciones imposibles.

### RESUMEN

#### *OBLIGACIONES ALTERNATIVAS DERECHO DE ELECCIÓN*

*El deudor tiene el deber jurídico de realizar una prestación y el acreedor tiene el derecho subjetivo de exigir el cumplimiento de la misma, recayendo la obligación sobre la prestación que*

### ABSTRACT

#### *ALTERNATIVE OBLIGATIONS RIGHT TO CHOOSE*

*A debtor has the legal duty to perform a specified obligation, and his creditor has the subjective right to demand performance of that obligation. The specified obligation must be per-*

*debe cumplirse por completo, y paralelamente, el acreedor no puede exigir más, ni el deudor puede cumplir parte de una y parte de otra.*

*formed fully, and, in parallel, the creditor cannot demand more, nor may the debtor perform part of one and part of another.*

LA CAPACIDAD DE LAS PARTES CONTRATANTES EN LA LEY 49/2003,  
DE 26 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS,  
MODIFICADA POR LA LEY 26/2005, DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2005

por

ROSANA PÉREZ GURREA  
*Licenciada en Derecho*

I. CAPACIDAD Y LIMITACIONES A LA EXTENSIÓN DEL ARRENDAMIENTO

1. LA CAPACIDAD DEL ARRENDADOR

La capacidad de las partes intervinientes en el contrato de arrendamiento rústico se encuentra regulada en el artículo 9 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, se trata de un artículo ampliamente modificado por la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre.

Las posiciones jurídicas de las partes nacen basadas en un principio de reciprocidad, en cuya virtud el arrendador se obliga a ceder el uso de la explotación al arrendatario y correlativamente éste se obliga a pagar un precio por esa cesión.

El artículo 9.1 formula la regla general en cuanto a la aptitud para celebrar este contrato: «Podrán celebrarse arrendamientos rústicos entre personas físicas o jurídicas». Desaparece con la modificación del 2005 la referencia que hacía la redacción del 2003, en cuanto a que las personas físicas necesitan únicamente capacidad para contratar conforme al Derecho Común, no se formulaba regla alguna respecto a la capacidad de las personas jurídicas, pero su aptitud podemos inferirla del juego de la LAR y del artículo 38 del Código Civil.

En mi opinión podía haberse utilizado la modificación para especificar un poco más esta materia relativa a la capacidad del arrendador y establecer una regla específica sobre ello; el tenor literal del artículo 9.1 queda así demasiado parco y adolece de falta de claridad, pero tiene la virtualidad de reconocer un espacio de libertad para configurar *ex voluntate* el contrato de arrendamiento rústico. Puede otorgarlo quien tenga capacidad de obrar o en caso de no tenerla debidamente asistidos por sus representantes legales.

La normativa imperativa del contrato de arrendamiento rústico no prejuzga la aptitud que deben reunir las partes contratantes para su celebración, ya que entiendo que son ideas distintas aunque pueden estar relacionadas, la naturaleza dispositiva o imperativa del contrato de arrendamiento rústico y la naturaleza del otorgamiento, legitimación y capacidad de obrar que debe concurrir en las partes otorgantes.

Ante la falta de especificación legal en esta materia, atenderemos al contenido de derechos y obligaciones destinados a cumplir la función social del contrato celebrado para su configuración como acto de administración o de disposición y correlativamente para exigir la capacidad necesaria en cada caso. Así si la función social se destina a la conservación por parte del arrendador de la finca cedida en arrendamiento podemos considerar que estamos ante un acto de administración, pero si como consecuencia del contrato se enajenan determinadas facultades entonces entenderemos que estamos ante un acto de disposición.

## 2. LEGITIMACIÓN

El artículo 9 de la LAR alude al requisito de profesionalidad agraria y regula la extensión de la explotación como límite para poder celebrar el contrato de arrendamiento.

La Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 exigía la condición de profesional de la agricultura tanto para ser arrendatario como subarrendatario y configuraba su pérdida como causa de resolución del contrato en base a razones de interés social.

En la actualidad y tras la reforma del 2005, el artículo 9.1 en su párrafo 2.º dice: «Es agricultor profesional, a los efectos de esta ley, quien obtenga unos ingresos brutos anuales procedentes de la actividad agraria superiores al duplo del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) establecido en el Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del Salario Mínimo Interprofesional y para el incremento de su cuantía, y cuya dedicación directa y personal a estas actividades suponga, al menos, el 25 por 100 de su tiempo de trabajo».

Percibo una cierta desconexión entre los dos párrafos del artículo 9, entre la declaración de aptitud para celebrar el contrato de arrendamiento rústico y el concepto de agricultor profesional de su párrafo segundo. En el texto actual no se contempla como causa de nulidad, subarriendo o cesión, la falta de condición profesional de la agricultura, ni tampoco se alude entre las causas de terminación del arrendamiento a la falta sobrevenida de esa calidad profesional. Sólo parece tener importancia a efectos de poder ejercitar los derechos de tanteo y retracto reconocidos en el artículo 22 de la LAR.

El artículo 9.6 de la LAR regula la extensión que debe tener una explotación agraria configurándola como límite a la posibilidad de ser arrendatario:

«En todo caso, no podrán ser arrendatarios de fincas rústicas, las personas físicas que, por sí o por persona física o jurídica interpuesta, sean ya titulares de una explotación agraria, o de varias, cuyas dimensiones y demás características serán fijadas en las distintas comarcas del país por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, sin que puedan exceder en total de 500 hectáreas de secano o 50 de regadío.

Cuando se trate de finca para aprovechamiento ganadero en régimen extensivo, el límite máximo será de 1.000 hectáreas.

En el caso de cooperativas agrarias y las cooperativas creadas para la explotación comunitaria de la tierra, el límite anterior se multiplicará por el número de miembros que las compongan».

Este artículo también establece que esta limitación no será de aplicación a las entidades u organismos de las Administraciones Públicas que estén facultados conforme a sus normas reguladoras para la explotación o subarriendo de fincas rústicas.

Diferentes autores que han estudiado esta materia como DE LOS MOZOS o GARCÍA CANTERO consideran que este requisito no es coherente con una agricultura dinámica y empresarialmente competitiva y podría ser contrario a los artículos 14 y 38 de la Constitución Española.

### 3. REGLA ESPECIAL PARA EL MENOR

Esta materia se encuentra regulada en el artículo 9.4 de la LAR:

«El menor cuyas fincas o explotaciones hayan sido arrendadas por su padre, madre o tutor, podrá poner fin al contrato una vez emancipado, siempre que haya transcurrido la duración mínima prevista en el artículo 12, y lo comunicará al arrendatario en el plazo de seis meses desde que alcanzó dicho estado o en su caso desde que falte un año para que se cumpla el plazo mínimo de duración. En todo caso, la denuncia del contrato no surtirá efecto hasta transcurrido un año desde su realización».

Esta norma trata de establecer un mecanismo que concilie los intereses del menor, cuya finca ha sido cedida en arrendamiento por su representante legal, con los intereses del arrendatario para garantizarle el arrendamiento durante el plazo mínimo de duración regulado en el artículo 12 de la LAR.

Parangonando este artículo con el 1.548 del Código Civil vemos que los padres, tutores y los administradores sin poder especial no pueden ceder en arrendamiento los bienes de sus hijos sujetos a patria potestad o incapacitados por plazo superior a seis años, norma que tiene su razón de ser en que en la regulación anterior sólo los arrendamientos que superaban este plazo eran inscribibles en el Registro de la Propiedad, en la actualidad tras la modificación del artículo 2.5 de la LH por la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> de la LAU todos los arrendamientos son susceptibles de inscripción: «En el Registro de la Propiedad se inscribirán: los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos».

Podemos entender que las personas mencionadas tampoco podrán celebrar por sí solos el contrato de arrendamiento durante la duración mínima legal de cinco años, *ex* artículo 12 de la LAR, siendo necesario el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 166 del Código Civil respecto de los hijos sujetos a patria potestad que exige autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal; los tutores también necesitarían la autorización judicial preceptivamente exigida por el artículo 271 del Código Civil, preceptos que se aplican para los arrendamientos rústicos que no estén regidos por la LAR.

## II. CAPACIDAD PARA SER ARRENDATARIO

Al amparo del artículo 9 de la LAR pueden ser arrendatarias las cooperativas agrarias, las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, las sociedades agrarias de transformación y las comunidades de bienes. La posibilidad de ser arrendatarias de las comunidades de bienes podemos entenderla

bien como manifestación del contrato de sociedad o bien como expresión de un régimen de cotitularidad. NÚÑEZ IGLESIAS entiende que la LAR se refiere a la comunidad ordinaria de bienes considerada como centro unificado de imputación de derechos y obligaciones, según esta interpretación la LAR estaría partiendo de una concepción empresarial de la actividad agraria cuyos elementos identificadores serían: su origen convencional, expreso o tácito y la existencia entre las partes de una comunidad de fin.

Para que puedan ser arrendatarias las personas jurídicas ya sean civiles, mercantiles o laborales, incluidas las sociedades agrarias de transformación es necesario que tengan incluido en su objeto social conforme a sus estatutos, el ejercicio de la actividad agraria y en su caso de actividades complementarias a ésta siempre que no excedan de los límites señalados en el párrafo 6 de este artículo ya examinados.

La Ley especifica qué debemos entender a estos efectos por actividades complementarias, considerando como tales la participación y presencia del titular, como consecuencia de elección pública en instituciones de carácter representativo, así como en órganos de representación de carácter sindical, cooperativo o profesional, siempre que se hallen vinculados al sector agrario, las de transformación y venta directa de los productos de su explotación y las relacionadas con la conservación del espacio natural y protección del medio ambiente, al igual que las turísticas, cinegéticas y artesanales realizadas en su explotación.

También pueden ser arrendatarias las entidades u organismos de las Administraciones Públicas que estén facultados conforme a sus normas reguladoras para la explotación de fincas rústicas.

No podrán ser arrendatarias *ex* artículo 9.7 de la LAR, las personas y entidades extranjeras. Se exceptúan las siguientes:

1. Las personas físicas y jurídicas y otras entidades nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, de Espacio Económico Europeo y de países con los que exista un convenio internacional que extienda el régimen jurídico previsto para los ciudadanos de los Estados mencionados. El régimen aplicable a los nacionales de la UE o del Espacio Económico Europeo se encuentra regulado en la actualidad en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

2. Las personas físicas que carezcan de la nacionalidad española, que no estén excluidas del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y que se encuentren autorizadas a permanecer en España en situación de residencia permanente, de acuerdo con dicha Ley Orgánica y su desarrollo reglamentario.

3. Las personas jurídicas y otras entidades nacionales de los demás Estados que apliquen a los españoles el principio de reciprocidad en esta materia (observamos que no se refiere a las personas físicas, no obstante algún autor como GARCÍA CANTERO considera que la excepción debe de extenderse también a estas últimas).

RESUMEN

CAPACIDAD. ARRENDAMIENTOS  
RÚSTICOS

*En este trabajo hemos examinado la capacidad de las partes intervinientes en el contrato de arrendamiento rústico. Se trata de una materia regulada en el artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, ampliamente modificada en 2005. Podrán celebrarse entre personas físicas o jurídicas, se omite en el texto actual la exigencia en cuanto a las personas físicas de capacidad para contratar conforme a las normas de Derecho Común.*

*Hemos analizado la reintroducción del concepto de profesional de la agricultura que tiene importancia sobre todo a efectos de poder ejercitar los derechos de tanteo y retracto y la extensión que debe tener una explotación agraria la cual opera como límite para celebrar el contrato de arrendamiento.*

*Tienen capacidad para ser arrendatarias las cooperativas agrarias, las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, las sociedades agrarias de transformación, las comunidades de bienes y, en definitiva, las personas jurídicas en cuyo objeto social se contemple el ejercicio de la actividad agraria o complementarias.*

ABSTRACT

CAPACITY. RURAL LEASES

*This paper examines the capacity of the parties to a rural lease. This matter is regulated in section 9 of the Rural Lease Act, which was extensively amended in 2005. Rural leases may be made between individuals or legal persons. As currently worded, the act neglects to require individuals to have the capacity to enter into contracts under the rules of general law.*

*We analyse the reintroduction of the concept of the agricultural professional, which is important, especially in regard to the ability to exercise prospective and retrospective rights of first refusal and in regard to the size an agricultural operation must have (Size restricts what leases can be made).*

*A tenant may be an agricultural cooperative, a community farming cooperative, an agricultural processing society, a joint ownership arrangement or, in short, any legal person whose purpose includes agricultural activity or some activity complementary to agriculture.*

## 1.6. Responsabilidad Civil

### *LA RESPONSABILIDAD DE LOS PERIODISTAS EN EL LLAMADO REPORTAJE NEUTRAL Y DE INVESTIGACIÓN*

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ  
*Profesora Titular de Derecho Civil. UNED*

#### I. INTRODUCCIÓN

La principal función de los medios de comunicación es, precisamente, la de informar. De todos es conocido que el derecho a la información para que quede bajo el ámbito de la protección constitucional debe ser veraz y tener interés general (1) [art. 20.1.d)]. Sólo la información veraz y relativa a asuntos con relevancia pública e interés general contribuye a la formación de la opinión pública (2). La transmisión de la información está estrechamente relacionada con la diligencia del periodista en la búsqueda de la verdad de la noticia difundida y de los hechos narrados, comprobando siempre la veracidad de la información y sus fuentes, sin introducir juicios de valor, y teniendo en cuenta, en todo caso, las circunstancias que concurren en el caso concreto. En definitiva, requiere que quien la publica o difunde cumpla un específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia (3) y en la comprobación de la información. La diligencia exigible al informador en la comprobación de la veracidad se modula según los casos. De ahí, la importancia de diferenciar cuando estamos ante un reportaje neutral y un reportaje de investigación.

---

(1) Es necesario recordar que a diferencia de lo que sucede en relación con el honor, en el que la veracidad y el interés general descartan la intromisión ilegítima, en el derecho a la intimidad puede producirse, aunque esos hechos sean «veraces, ya que el que los datos sean reales no impide que pueda existir una intromisión ilegítima», pues precisamente lo que se pretende es no difundir datos de la vida privada que sean reales. Se causa un daño precisamente desvelando hechos que son verdad, pero que se quieren guardar en la intimidad, y que no se ha consentido en difundir, ni existe obligación legal de hacerlo.

(2) Sobre el derecho fundamental a comunicar libremente información veraz y sus límites, puede verse GARBERÍ LLOBREGAT, J. M., *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*, Bosch, 2007, pág. 241 y sigs.

(3) No se exige una veracidad absoluta o plena, ya que si, por un lado, caben errores o desviaciones que no alteren la verdad esencial de la afirmación (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero y 31 de julio de 2002, y 9 y 19 de julio de 2004), porque la veracidad exigible no es sinónima de verdad objetiva e incontestable (sentencias del Tribunal Supremo, de 4 de marzo de 2000 y 9 de julio de 2004), y no equivale a realidad incontrovertible de los hechos (sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de abril de 2000 y 9 de julio de 2004), por otro lado es suficiente que la información obtenida y difundida sea el resultado de una búsqueda que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (sentencias del Tribunal Supremo, de 6 y 9 de julio y 2 de septiembre de 2004, 18 de octubre de 2005 y 9 de marzo de 2006) y (sentencia del Tribunal Constitucional 76/2002), de 8 de abril, lo que exige que la fuente sea fidedigna, seria o fiable (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2004).

## II. CONCEPTO DE REPORTAJE NEUTRAL

En el denominado reportaje neutral (4) se limita el informador a reproducir información facilitada por otro de forma fiel, siempre que se cumplan una serie de requisitos que más adelante analizaremos.

Como señalan las sentencias del Tribunal Supremo 100/2009, de 18 de febrero de 2009 y 14/2009, de 15 de enero de 2009 (*RJ* 2009/262): «Se trata de una teoría que, como recuerda la sentencia 499/2005, de 22 de junio de 2005 (*RJ* 2005/5085), encuentra su base en la doctrina jurisprudencial norteamericana del *neutral reportaje doctrine*, que parte de la base de estimar, que si un artículo periodístico recoge unos datos u opiniones, sin expresar o hacer valoración alguna, supone una situación del derecho a la información que no puede ser limitado *per se* con base a una supuesta infracción al honor. Y así se proclama en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de diciembre (TEDH 1976/6) y 8 de julio de 1986 (TEDH 1986/8) casos *Handyside* y *Linpens*, respectivamente».

Además, sobre la doctrina del reportaje neutral ha de recordarse, que: «se aplica como protectora de la información difundida cuando se reproduce lo que un tercero ha dicho o escrito, limitándose a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones del tercero que pueden eventualmente ser contrarias al artículo 18.1 CE, resultando insuficiente, para estimar cumplida la diligencia, con acreditar la verdad del hecho de la declaración sin extenderse a la veracidad de lo declarado», tal y como afirman las sentencias del Tribunal Supremo 749/2008, de 21 de julio de 2008 (*RJ* 2008/4486) y más recientemente la sentencia 169/2009, de 11 de marzo (*RJ* 2009/140173) (5), entre las más recientes, que, a su vez, citan la de 30 de junio de 2006, doctrina que ha reiterado el Tribunal Constitucional y esta Sala (SSTC 76/2002, de 8 de abril) (*RTC* 2002/76) y 158/2003, de 15 de septiembre (*RTC* 2003/158), y SSTs de 26 de julio de 2000 (*RJ* 2000/6198); de 22 de diciembre de 2003 (*RJ* 2004/64); 5 (*RJ* 2004/6109), 12 (*RJ* 2004/7241) y de 11 de octubre (*RJ* 2004/6644) y de 18 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004/7241) y 22 de junio de 2005 (*RJ* 2005/5085), entre otras muchas.

Ahora bien requiere que a la información se le dé «un tratamiento objetivo, al no introducirse juicios de valor en el mismo, sino expresiones dirigidas sólo a contextualizar la información, entre otras, sentencia del Tribunal Supremo 785/2006, de 26 de julio (*RJ* 2006/513)».

---

(4) Sobre el concepto de reportaje neutral, puede verse CABALLERO GEA, J.-A., *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Calumnias e injurias*, Dykinson, 2004, pág. 44.

(5) En el presente caso se alega por parte del ex yerno de una conocida cantante (actualmente fallecida), que se ha producido una intromisión ilegítima en su derecho al honor y a la intimidad personal y a la propia imagen, como consecuencia de las manifestaciones que la cantante había vertido en un programa de televisión de un canal argentino, y que posteriormente fueron reproducidas por la revista española «Sema-na». Considera el Tribunal Supremo que no se ha vulnerado el derecho del honor del demandante, ya que la revista reproducía la entrevista televisiva, sin que se pueda apreciar la existencia de opiniones descalificantes, desacreditantes o injuriosas, y que tal entrevista cabe considerarla amparada por la libertad de información, al tratarse de información de interés social sobre persona de relevancia pública que no contiene expresiones insultantes, injuriosas o vejatorias, y a la que cabe aplicar la doctrina del reportaje neutral.

En definitiva: «el medio informativo es un mero transmisor —transcribe exactamente lo manifestado por su fuente—, pero debe personalizar en concreto de quién partieron las manifestaciones vertidas», en este sentido se manifiesta la doctrina, valgan por todas, la sentencia 100/2009, de 18 de febrero, y la de 16 de enero de 2009 (6) (*RJ* 2009/419).

Por otro lado, conviene recordar que el Tribunal Supremo, en su sentencia 140/2008, de 26 de febrero (*RJ* 2008/2930) considera que a los editores de libros no se les puede aplicar la teoría del reportaje neutral: «a no ser que hubieran publicado textos anónimos, o bien bajo seudónimo sin posterior identificación del autor o, en fin, entregados por el autor pero alterados por el propio editor.

### III. REQUISITOS

A tal efecto, resulta procedente recordar tales requisitos, que se resumen del siguiente modo por la Doctrina Constitucional y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

- a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero han de ser, por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia, y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (7) (—debe personalizarse

---

(6) Sentencia comentada por FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., «Empleo de cámaras ocultas en reportajes periodísticos», en *Revista Aranzadi*, núm. 2/2009 (BIB 2009/286), págs. 1 a 6. Y por JIMÉNEZ SEGADO, C., y PUCHOL AIGUABELLA, M., «La cámara oculta frente a los derechos a la intimidad y a la propia imagen (comentario a la STS, Sala 1.ª, Pleno 12333/2008, de 16 de enero de 2009)», publicada en *Diario de la Ley*, núm. 715, de 8 de abril, págs. 1 a 7.

(7) Considera el Tribunal Supremo que existe reportaje neutral en el supuesto contemplado por la sentencia del 25 de febrero de 2009. El recurso versa sobre la posible existencia de una intromisión ilegítima en el honor, intimidad personal y familiar y propia imagen de un conocido matador de toros, a resultados del seguimiento informativo de la vida privada del diestro llevado a cabo por las revistas «Qué me dices» y «Diez Minutos» durante los meses de julio a octubre de 2004, con reportajes que divulgaban aspectos relacionados con su vida sentimental y con las circunstancias que rodearon al fallecimiento de su madre.

Así, afirma la referida sentencia que: «por lo que respecta a la vulneración del derecho al honor e intimidad del actor como consecuencia de la información publicada en torno al fallecimiento de su madre, ... es claro que estamos ante hechos noticiosos de trascendencia pública, no tanto por su objeto, sino por razón de la notoriedad pública de la persona a quien afectan, condición que indudablemente cabe predicar de quien desempeña una profesión cara al público, objeto de tan amplio seguimiento informativo y social como la de torero, cuando además el protagonista se sirve de su imagen pública para fines publicitarios y no duda en acudir a numerosos actos que acrecientan su popularidad, más allá del ámbito en que ejerce su profesión. Y en torno a la información sobre la muerte de su madre, concurriendo la misma relevancia pública, en este caso tanto por la persona como por las circunstancias en que se produjo —lo que dio lugar a un seguimiento mayoritario por parte de los medios de comunicación, que no se limitó al sector de la prensa rosa—, no puede obviarse, en cuanto al requisito de la veracidad que, de una parte, la revista “Qué me dices” en su número 389 (pág. 12) al titular: “...murió a causa de una sobredosis”, e informar sobre esta posible causa de la muerte, se ciñó a una mera función transmisora de lo manifestado y recogido por otro medio (“Así son las

en concreto de quién partieron tales manifestaciones vertidas—) de modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones —sentencias del Tribunal Constitucional 41/1994, de 15 de febrero (*RTC* 1994/41); 190/96, de 25 de noviembre (*RTC* 1996/190); 52/1996, de 26 de marzo; 7/2002, de 8 de abril (*RTC* 2002/76); 54/2004, de 15 de abril (*RTC* 2004/54); 53/2006, de 27 de febrero (*RTC* 2006/53), 139/2007, de 4 de junio (*RTC* 2007/139); sentencias del Tribunal Supremo 126/2005, de 4 de abril, y 139/2007, de 15 de enero.

- b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones (—transcribe exactamente lo manifestado por su fuente—) limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia, de modo que si ésta se reelabora no hay reportaje neutral (8), sentencias del Tribunal Constitucional 41/1994, de 15 de febrero (*RTC* 1994/41); 144/98, de 30 de junio (*RTC* 1998/144); 136/2004, de 13 de septiembre, y sentencias del Tribunal Supremo 700/2006, de 30 de junio, de 18 de mayo de 2007 (9) (*RJ* 2007/2325); 140/2008, de 26 de febrero; 30 de junio de 2008, 4/2009, de 14

---

cosas”) en torno a la posible causa de fallecimiento de..., lo que permite amparar su actuación en la doctrina del reportaje neutral ante la ausencia de “indicios racionales de falsedad evidente de lo transcrito” —sentencias de 18 de mayo de 2007 (*RJ* 2007/3274) y 22 de diciembre de 2003 (*RJ* 2004/764)— habida cuenta de que en la información que se transcribe se señalaba como fuente de la noticia el informe de autopsia, y la propia víctima había confesado públicamente su adicción al menos a dos de las sustancias que se mencionaban como encontradas en el cadáver. Y esta última circunstancia —revelación de su adicción por parte de la fallecida— es lo que permite considerar veraz la información contenida en el reportaje publicado en el número 2.764 de la revista “Diez Minutos”, en la medida en que el grado de contraste de la información era suficiente para no considerar un rumor infundado el posible fallecimiento por sobredosis, siendo irrelevante en orden a restringir la libertad informativa la falta de una exactitud absoluta de la información, ligada a la circunstancia, aducida por el recurrente, de no haberse acreditado realmente que aquélla fuera la causa del óbito, o que, de serlo, la cocaína fuera una de las sustancias ingeridas en exceso por la señora...».

(8) Así, no hay reportaje neutral cuando: «los diversos programas de la cadena se esforzaron en asegurar su máxima repercusión, construyendo su propia información, obviamente mucho más extensa, con la sucinta referencia que había hecho la codemandada, de suerte que, al interferir con manifestaciones propias en lo dicho por ésta, el propio medio pasa a ser fuente de la información, sin que en ningún momento haya permanecido ajeno a la generación de aquélla, como exige la doctrina del reportaje neutral —por todas, sentencia del Tribunal Supremo 1170/2008, de 4 de diciembre—, siendo perfectamente imaginable al tiempo de la reiterada divulgación del rumor el quebranto que con ello se produciría en el honor e intimidad de la afectada, lo que impide exonerar a la demandada de responsabilidad». Como en el caso contemplado por la sentencia del Tribunal Supremo de 134/2009, de 26 de febrero, en el que la segunda ex mujer de un cantante, en un programa televisivo, presenta con certidumbre de noticia un simple rumor sobre la infidelidad de su ex marido cuando estaba casado con su primera esposa, atentado contra el derecho del honor e intimidad de la actora como destinataria de la imputación de la relación adúltera. Siendo clara la responsabilidad por parte de los medios y el ataque ilegítimo al honor y a la intimidad, procede indemnización.

(9) Comentada por IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> I., «Inaplicabilidad de las doctrinas del reportaje neutral y de la accesoriadad de la imagen (STS de 18 de mayo de 2007)», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704, págs. 2715 a 2717.

de enero (10) (*RJ* 2009/27); 14/2009, de 15 de enero (*RJ* 2009/262) (11); entre otras muchas resoluciones.

Cuando se reúnen ambas circunstancias —dice la sentencia del Tribunal Constitucional 139/2007, de 4 de junio (*RTC* 1999/139)— «la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: si concurren ambas circunstancias, el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad».

- c) No hay reportaje neutral cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, el llamado periodismo de investigación, así sentencia el Tribunal Constitucional 6/1996, de 16 de enero (*RTC* 1996/6), y 17/2004, de 18 de octubre (*RTC* 2004/171), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido, así las sentencias del Tribunal Supremo 14/2009, de 15 de enero (*RJ* 2009/262) y 1233/2009, de 16 de enero (*RJ* 2009/419) (12).

---

(10) En el caso de autos se condena a «Quién sabe dónde» por realizar afirmaciones insidiosas sobre los amigos de un desaparecido. La forma en que son narrados los hechos llevan al espectador a la convicción de la implicación del actor en los sucesos que se relatan en este sentido, «el tono y la forma de presentación del programa reflejaban las sospechas sobre el demandante de las que se hacía eco el reportaje, trasladando esas sospechas al espectador». Así, al realizar los videos con los que era acompañado el reportaje la «voz en off» y los testimonios recogidos se afirmaba que estas amistades «robaban el ganado y lo metían en fincas». Los realizadores y conductores del programa, por tanto, no se detuvieron en la reproducción de las manifestaciones de terceros, sino que reelaboraron la información que éstos suministraban, presentándola de un modo tal que parecía que hacían suyas las insinuaciones insidiosas vertidas por los participantes en el programa. No procede la aplicación de la doctrina del reportaje neutral.

(11) El supuesto de hecho de la sentencia versa sobre una noticia difundida en un teletipo emitido por una agencia acerca de la imputación penal de una persona de relevancia pública, y citando su fuente, en concreto, la Agencia F. S. A., empresa de prestigio en el sector. Procede la aplicación de la doctrina del reportaje neutral, sin que puedan gozar de relevancia excluyente de la aplicación de esta doctrina la labor de titulado de la noticia y las escasas, y nunca ofensivas, aportaciones expositivas a la narración de los hechos.

(12) En el caso enjuiciado, se pronuncia el tribunal sobre la grabación de una conversación y unas imágenes empleando cámara oculta por una periodista que se hace pasar por paciente acudiendo a la consulta de una esteticista y naturista. Emitiéndose posteriormente el reportaje en televisión las imágenes intentaban demostrar el intrusismo profesional por parte de la naturópata. La periodista grabó sin el consentimiento de ésta, produciéndose según el Tribunal Supremo una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen. El reportaje no es un reportaje neutral al haber sido provocado por el medio de comunicación, con engaño intencionado produciéndose lesiones al derecho a la intimidad y a la propia imagen. En la sentencia se considera que se da un conflicto entre el derecho a la información con los derechos a la intimidad y la propia imagen y hay que determinar cuál de ellos, a la vista de las circunstancias concurrentes, es más digno de protección, conforme a las técnicas de ponderación y proporcionalidad, señalando que para que un derecho merezca la misma protección es preciso, no sólo que concurren aquellos requisitos condicionantes de la protección constitucional del que deba prevalecer, sino que lo hagan en el grado o medida que resulte necesario para justificar el sacrificio de aquél con el que entró en conflicto. En el caso analizado, aunque el reportaje fue veraz, y de interés general, no alcanza el grado preciso para sacrificar el concurrente derecho a la intimidad y la propia imagen, prevaleciendo los derechos a la intimidad y a la propia imagen sobre el derecho a la información, afirmando que el método de la utilización de cámaras ocultas no era necesario para buscar la verdad, y que se había producido una intromisión ilegítima en la intimidad de la naturópata, pues en ningún caso

- d) En los casos de reportaje neutral propio, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido [tal doctrina se ha reiterado por las sentencias del Tribunal Constitucional 232/1993, de 12 de julio (*RTC* 1993/232); 76/2002, de 8 de abril (*RTC* 76/2002); 126/2005, de 4 de abril; y por el Tribunal Supremo en sentencias como la 16 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996/9019); 24 de enero de 1997 (*RJ* 1997/20); 20 de febrero (*RJ* 1997/100); 18 de abril, 8 y 26 de julio de 2000 (*RJ* 2000/6198); 11 de abril, 7 de mayo y 1 de octubre de 2002, de 6 y 19 de junio (*RJ* 2003/5651); 22 de diciembre de 2003 (*RJ* 2004/734) y 100/2009 (13), de 18 de febrero].

Pero es necesario destacar, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 2007 (*RJ* 2007/2325), y más recientemente la sentencia 100/2009, de 18 de febrero, que sin embargo esta doctrina no es aplicable cuando se conoce que la información no es veraz, y así lo tiene declarado, entre otras, la sentencia de esta Sala, de 22 de diciembre de 2003, que resalta que «el reportaje neutral o información neutral exige la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo transcrito, a fin de evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente a la divulgación de simples rumores o insidias», doctrina recogida por las sentencias del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2006, y de 15 de enero de 2009 (*RJ* 2009/262). Resultaría absurdo que, con el pretexto de tratarse de un «reportaje neutral», se pudiera difundir —reproduciéndola— una información sobre la que existe constancia de que supone una intromisión ilegítima en el ámbito de protección de un derecho fundamental.

Consecuentemente, la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones [sentencias del Tribunal Constitucional 240/1992, de 21 de diciembre (*RTC* 1992/240) y 144/1998, de 30 de junio (*RTC* 1998/144)]; de este modo, la ausencia o el cumplimiento imperfecto de los señalados requisitos determinarán el progresivo alejamiento de su virtualidad exoneratoria.

Además, como expresa la doctrina del Tribunal Supremo: «Todo ello teniendo en cuenta, por último, que el reportaje neutral no puede servir de elemento legitimador para la divulgación de injurias o insultos proferidos por terceros, porque tampoco la libertad de información del artículo 20.1.d) CE

---

había prestado el consentimiento para que se realizara la grabación. Como sabemos no cabe apreciar intromisión ilegítima en los derechos fundamentales cuando la injerencia esté autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiera prestado su consentimiento expreso. Ninguna de estas excepciones concurren en el caso.

(13) En el presente caso, los hechos que motivaron el pleito son los siguientes: «en dos programas de la Televisión Autonómica de Valencia se informó, y se debatió, sobre una denuncia que habían interpuesto unos vecinos contra unos actores por el exceso de ruido que soportaban cuando aquéllos mantenían relaciones sexuales. Tales programas, se decía en la demanda, habían introducido una serie de aseveraciones en tono jocoso y sarcástico, de carácter ofensivo, referidas, además, a cuestiones insertas en esencia en la esfera privada de los afectados, carentes por lo demás de proyección pública alguna, ...no se aplica la doctrina de reportaje neutral porque los propios demandantes intervinieron largamente en el mismo programa que ahora tildan de afrentoso, y tras identificarse oportunamente —como los “aludidos”—, sintonizaron claramente con el mismo espíritu chabacano y grosero que imbuía el programa, integrándose en el debate y adoptando el mismo registro grosero en cuanto a los términos empleados».

ampara las expresiones o imputaciones injuriosas, vejatorias o difamatorias. Esta doctrina se sigue en profusa jurisprudencia de la Sala —sentencias, entre otras, de 16 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996/9019); de 24 de enero (*RJ* 1997/20); de 20 de febrero (*RJ* 1997/1009); de 20 de marzo de 1997; de 25 de septiembre de 1998, de 5, 16 y 19 de febrero de 1999 (*RJ* 1999/1411); de 18 de abril, de 8 y 26 de julio de 2000 (*RJ* 2000/6198); de 11 de abril, de 7 de mayo y 1 de octubre de 2002, de 6 y 19 de junio (*RJ* 2003/5651); de 22 de diciembre de 2003 (*RJ* 2004/734), de 26 de febrero de 2008; de 14/2009 de 15 de enero de 2009 (*RJ* 2009/262), 169/2009, de 11 de marzo.

Y en la STC 134/99, de 15 de julio, cuya doctrina recoge la STC 139/2007, se recuerda que «estaremos ante un reportaje neutral si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito, de suerte que esa información haya dejado de tener su fuente en un tercero para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde; es decir, cuando el medio haya permanecido o no ajeno a la generación de la información, no lo fuera, y esto es lo que importa, respecto de la forma en la que lo ha transmitido al público».

«No hay reportaje neutral cuando se introducen valoraciones, comentarios y glosas para aderezar con un matiz morboso el sensacionalismo de la noticia». Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 2006 (*RJ* 2006/5413): «Ni cuando tiene un contenido vejatorio a la honorabilidad de las personas». Sentencia del Tribunal Supremo 499/2005, de 22 de junio: «Ni cuando lo que pretende principalmente la parte recurrente es eludir su responsabilidad en base a la doctrina del reportaje neutral, situación totalmente inadmisibles, ya que el artículo en cuestión introduce valoraciones, comentarios y glosas para aderezar con un matiz morboso el sensacionalismo de la noticia».

#### IV. REPORTAJE DE INVESTIGACIÓN

En los reportajes de investigación (14), la información se consigue mediante el engaño. Tal y como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de junio de 2007 (*JR* 1007/259600) (15): «Los denominados repor-

---

(14) Sobre el concepto de reportaje de investigación, puede verse, CABALLERO GEA, J.-A., *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Calumnias e injurias*, Dykinson, 2004, pág. 47.

(15) Sobre la emisión televisiva de un reportaje sobre una residencia de ancianos grabada con cámara oculta. Se consideró que no existió intromisión ilegítima en el derecho al honor por la veracidad y trascendencia pública de la información y que si se produjo una violación del derecho fundamental de una persona a su propia imagen y a la intimidad, pero que debía absolverse al responsable, ya que en este supuesto debía prevalecer la libertad de información. Y pese a reconocer que no cabía duda de que a la productora y a la televisión les movía un claro interés pecuniario, ello de por sí no impedía el simultáneo ejercicio del derecho a la información, y que en el caso enjuiciado estaba justificado el uso de la cámara oculta, como único medio posible de encontrar la verdad. Después del reportaje, la residencia fue cerrada y se abrieron diligencias penales, lo que descarta la trivialidad o el mero sensacionalismo.

tajes de investigación en los que el periodista que hace el reportaje no se identifica como periodista, y, haciéndose pasar por alguien ajeno al periodismo, se vale de una cámara oculta para captar y grabar la imagen de las personas con las que contacta, así como las conversaciones que mantiene con ellos, siendo dicho reportaje, tras el oportuno montaje de lo grabado y con una voz en off que lo explica, emitido por una televisión, constituyen una clara y flagrante intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen de las personas que aparecen en el reportaje, salvo que se adopten los medios técnicos adecuados para que no se les pueda identificar. Y ello porque es consustancial a este tipo de reportajes que las personas que aparecen en los mismos no hubieran consentido la captación y reproducción de su imagen. De ahí que la concurrencia del supuesto contemplado en el número 5 del artículo 7.º de la Ley Orgánica número 1/1982, de 5 de mayo de 1982, no ofrece duda» (16).

## CONCLUSIÓN

- I. Muchas veces los medios intentan eludir su responsabilidad utilizando como escudo protector la doctrina del reportaje neutral, como si esta doctrina diera patente de corso para violar los derechos del honor, intimidad y propia imagen de las personas, sin entender verdaderamente el alcance de esta doctrina, tal y como señala la sentencia de 9 de marzo de 2006 (*RJ* 2006/5413), del Tribunal Supremo, al señalar: «lo que aquí pretende principalmente la parte recurrente es eludir su responsabilidad en base a la doctrina del reportaje neutral, situación totalmente inadmisibles, ya que el artículo en cuestión introduce valoraciones, comentarios y glosas para aderezar con un matiz morboso el sensacionalismo de la noticia».
- II. Lo cierto es que la doctrina del reportaje neutral incide en la modulación de la responsabilidad de los informadores, cuando se repro-

---

(16) Establece la citada sentencia que: «respecto de los “reportajes de investigación” aún no se ha pronunciado el Tribunal Supremo, pero sí las Audiencias Provinciales. Y así se ha dado prevalencia al derecho de información en las siguientes sentencias de las Audiencias Provinciales: la número 51/2006, de 6 de junio de 2006 (*AC* 2006/1914), de la Audiencia de Madrid (reportaje grabado en una clínica de cirugía estética), la número 346/2006, de 5 de junio de 2006 (*AC* 2006/1756), de la Audiencia de Valencia (reportaje grabado en parte en el despacho profesional de un parapsicólogo), la número 706/2005, de 12 de diciembre de 2005 (*AC* 2006/296), de la Audiencia de Valencia (reportaje grabado en un local destinado a gabinete de estética en el que se utiliza un método de depilación mediante láser), la número 387/2003, de 31 de mayo de 2003 (*AC* 2003/993), de la Audiencia de Valencia (reportaje grabado en un centro de estética y adelgazamiento), y la número 31/2002, de 27 de enero de 2002, de la Audiencia de Valencia (reportaje grabado en un centro de estética y adelgazamiento). También es de citar la sentencia número 69/2005, de 7 de febrero de 2005 (*AC* 2005/519), de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que no se hace prevalecer al derecho de información y se condena por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. Se trataba de un reportaje grabado en el local donde tenía su sede el partido político Democracia Nacional, relativo al avance de la extrema derecha, apareciendo la imagen de una mujer que ni ostentaba cargo ni tenía notoriedad en el partido».

Conviene recalcar que precisamente la sentencia de 16 de enero de 2009 (*RJ* 2009/419) casa y anula la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 24 de enero de 2002.

duce lo que otros dicen o publican, en estos casos el grado de diligencia no puede ser igual que cuando el informador crea la noticia, ahora bien existen unos requisitos para que se dé el reportaje neutral y unos límites en su aplicación, que permiten modular esta responsabilidad y que en ningún caso se deben traspasar.

- III. Por ello es necesario, antes de aplicar esta doctrina, valorar las circunstancias concurrentes en el caso. En definitiva, es el reflejo del conflicto latente entre derechos fundamentales, el derecho a la información y los derechos al honor, a la intimidad y propia imagen y el difícil equilibrio que se produce entre ellos. Precisamente cuando estos derechos confluyen hay que analizar cuándo deben ceder unos en beneficio de otros, buscando cuál de ellos es más digno de protección. La delimitación de tales derechos debe hacerse caso por caso sin que sea posible establecer apriorísticamente los límites o fronteras entre unos y otros.
- IV. En la preeminencia de la libertad de información, como causa de justificación que permita la intromisión en los derechos de la personalidad, honor, intimidad y propia imagen, debe extremarse la vigilancia de los requisitos o excepciones de la libertad de información para que pueda prevalecer este derecho sobre la intromisión ilegítima en el honor, intimidad y propia imagen, y se permita eximir de responsabilidad a los informadores y justificar la intromisión y no confundir la información, con la difamación, ni con la satisfacción de la curiosidad ajena, ni con la búsqueda de la máxima audiencia y la creciente rentabilidad que obtienen los medios informativos, que nada aportan a la formación de la opinión pública.

## BIBLIOGRAFÍA

- CABALLERO GEA, J.-A., *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Calumnias e injurias*, Dykinson, 2004.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., «Empleo de cámaras ocultas en reportajes periodísticos», en *Revista Aranzadi*, núm. 2/2009 (BIB 2009/286), págs. 1 a 6.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. M., *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*, Bosch, 2007.
- IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> I., «Inaplicabilidad de las doctrinas del reportaje neutral y de la accesoriadad de la imagen (STS de 18 de mayo de 2007)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704, págs. 2715 a 2717.
- JIMÉNEZ SEGADO, C., y PUCHOL AIGUABELLA, M., «La cámara oculta frente a los derechos a la intimidad y a la propia imagen (Comentario a la STS, Sala 1.<sup>a</sup>, Pleno 12333/2008, de 16 de enero de 2009)», publicada en *Diario de la Ley*, núm. 715, de 8 de abril, págs. 1 a 7.

RESUMEN

*REPORTAJE NEUTRAL  
LIBERTAD DE INFORMACIÓN*

*Cuando el ejercicio del periodismo se lleva a cabo publicando o difundiendo noticias, datos o informes que se pueden incluir en el llamado reportaje neutral, se aminora o incluso se excluye la responsabilidad del periodista. De ahí la importancia de delimitar cuándo estamos ante un reportaje neutral. El presente comentario centra su contenido en analizar detalladamente los requisitos que deben darse para que pueda hablarse de reportaje neutral y sus diferencias con el reportaje de investigación.*

ABSTRACT

*NEUTRAL REPORTING  
FREEDOM OF INFORMATION*

*When a journalist publishes or disseminates news, data and reports that may be termed «neutral reporting», the journalist's liability is contained or may even be eliminated altogether. That is why it is so important to discern when reporting is truly neutral. This commentary focuses on analysing in detail the requirements that must be met for reporting to be considered neutral and the differences between neutral reporting and investigative reporting.*

## 2. MERCANTIL

### EL RÉGIMEN DE LA COMPRAVENTA DE ACCIONES DE LA SOCIEDAD EN FORMACIÓN EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 4 DE FEBRERO DE 2009

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Doctor en Derecho*

*Abogado*

#### I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de febrero de 2009 (*RJ* 2009/70560), en lo que aquí nos interesa, expresa el régimen jurídico de lo que las partes denominaron «precontrato de compraventa» sobre unas acciones de una sociedad anónima que aún no se había inscrito en el Registro Mercantil.

Así en su Fundamento de Derecho Primero, resume la cuestión fáctica del siguiente modo: «*De los hechos declarados probados en la sentencia recurrida en casación, deben destacarse los siguientes:*

*Tindaya, S. A. fue constituida, mediante escritura de catorce de marzo de mil novecientos noventa y seis, por Cabo Verde, S. A., don Imanol y don Fidel, con un capital de novecientos millones de pesetas, el cual quedó representado por nueve mil acciones nominativas, de las que Cabo Verde, S. A. suscribió ocho mil novecientos noventa y ocho, don Imanol una y don Fidel otra.*

*El mismo día, don Fidel y don Imanol, éste en su nombre y como consejero-delegado de Cabo Verde, S. A., celebraron con Saturno, S. A., lo que denominaron un “precontrato de compraventa” sobre las nueve mil acciones representativas del capital de Tindaya, S. A.*

*En esa fecha, la escritura de constitución de Tindaya, S. A. no había sido inscrita en el Registro Mercantil y los títulos de las acciones en que se dividía su capital no habían sido impresos y entregados.*

*Utilizaron los contratantes el mencionado tipo negocial porque consideraron que no podían “formalizar la compraventa propiamente dicha por la prohibición legal de enajenación de acciones antes de la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad emisora de las mismas”. Sin embargo, expresaron para que quedase “completamente claro” y, además, para que constara como “causa del contrato”, que “el precontrato que se instrumenta no es una oferta de contrato ni una opción de compra, sino un contrato obligacional que obliga única y exclusivamente a la formalización del contrato definitivo de compraventa, una vez desaparecido el obstáculo legal apuntado (es decir, la citada inscripción en el Registro Mercantil)”.*

*La Audiencia Provincial calificó el referido negocio bilateral como compraventa de acciones, y esa calificación es la que se utilizará en lo sucesivo, porque no ha sido discutida».*

Mientras que en su Fundamento de Derecho Tercero aborda la problemática del régimen jurídico aplicable a las transmisiones de acciones antes de la inscripción de la sociedad correspondiente en el Registro Mercantil, afirmando lo siguiente:

«...En tal caso, sin embargo, no se aplican las normas que regulan la transmisión de las acciones cuyos títulos, nominativos o al portador, hubieran sido impresos y entregados —art. 56.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206)— ni la de las acciones representadas por anotaciones en cuenta —art. 9 de la Ley 24/1988, de 28 de julio (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781)—, sino, por expreso mandato del artículo 56.1, las que disciplinan la cesión de créditos y demás derechos incorporeales, esto es, los artículos 347, 348 del Código de Comercio (LEG 1885, 21), 1.526 y siguientes del Código Civil (LEG 1889, 27), con las particularidades resultantes de que los derechos que se transmiten tengan naturaleza corporativa y de la necesidad de dar cumplimiento a determinadas exigencias legitimadoras —arts. 56.1 y 58 del repetido Texto Refundido—».

En atención a la exposición anterior, no vamos a abordar en el presente trabajo los argumentos esgrimidos como motivos de casación ni el enjuiciamiento que realiza el Alto Tribunal sobre los mismos, sino que lo que resulta conveniente tratar es la afirmación —al menos controvertida, a nuestro juicio— que realiza el Tribunal Supremo, consistente en que el régimen jurídico de la transmisión de las acciones de una sociedad en formación es el propio de la cesión de créditos. Ello supone sino obviar, sí desatender las características propias que ofrece la sociedad en formación en el tráfico jurídico y la protección de los intereses en juego, respecto de la negociabilidad de sus acciones pese a la inicial prohibición del artículo 62 de la Ley de Sociedades Anónimas.

## II. LA PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 62 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

El artículo 62 de la Ley de Sociedades Anónimas prevé expresamente lo siguiente: «Hasta la inscripción de la sociedad o, en su caso, del acuerdo de aumento del capital social en el Registro Mercantil, no podrán entregarse ni transmitirse las acciones», prohibición análoga a la establecida para el caso de las participaciones sociales en el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Es muy abundante la literatura jurídica sobre la razón, alcance y efectos de la prohibición del artículo 62 de la Ley de Sociedades Anónimas (1), aunque no tan extensa la que analiza la problemática desde la óptica de la responsabilidad del fundador de la sociedad anónima en formación (2) (lo cual, de

---

(1) Vid., para una mayor comprensión de esta problemática, la extensa bibliografía citada con carácter reciente por María ENCISO ALONSO-MUÑUMER, «La responsabilidad de los fundadores como gestores del proceso fundacional (estudio de los arts. 17 y 18 LSA)». Monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades*, núm. 25, 2005. Asimismo, vid., Víctor MAGARIÑOS BLANCO, «La transmisibilidad de las acciones antes de la inscripción de la sociedad anónima y del aumento de capital en el Registro Mercantil, I y II», en *Revista de Derecho Privado*, año 78, mes 2, págs. 99-144, y *Revista de Derecho Privado*, año 78, mes 3, págs. 203-222, respectivamente.

(2) Así, por ejemplo, vid. ALONSO-MUÑUMER, *op. cit.s* pág. 126 y sigs. Vid., igualmente, PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Editorial Civitas, 1997, pág. 315 y sigs., así como la completa bibliografía al respecto citada por este autor.

antemano, consideramos acertado) así como la vinculación de la cuestión al tratamiento del cambio de socios en las sociedades personalistas (3).

Resulta evidente, en nuestra opinión, la posibilidad del cambio de socios en la sociedad en formación, ya que su prohibición no es la *ratio legis* del artículo 62 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que los efectos de la inscripción de la sociedad anónima en el Registro Mercantil lo único que pueden evidenciar en este campo es la propia inexistencia de la sociedad anónima como tal y por lo tanto de sus acciones como tales en cuanto a su naturaleza jurídica y régimen de circulación, pero no la inexistencia de la sociedad con personalidad jurídica, de ahí que no nos parezcan acertadas las posturas en contra de dicha admisibilidad o cambio subjetivo del contrato fundacional que proponen, en cambio, la necesidad de una refundación social ante la novación propuesta (4), y menos por la argumentación consistente en la inexistencia de personalidad jurídica de la sociedad en formación (5).

Sin embargo, tal y como hemos apuntado anteriormente, no es éste el tema que atrae nuestra atención en esta sentencia del Tribunal Supremo, sino que es el relativo al *modus* en que debe operar la transmisión de esa posición de socio o cuota social.

Como ya analizamos en su momento (6), con carácter general y en el ámbito tanto de las sociedades mercantiles personalistas como de la sociedad civil, y prescindiendo de realizar una vasta exposición de los debates doctrinales al respecto, coincidimos con GIRÓN (7) en caracterizar la relación socio-sociedad en las sociedades de personas no como un simple derecho subjetivo, sino como una relación jurídica «de cooperación», según la terminología de Federico DE CASTRO, ya que las sociedades están configuradas como organizaciones destinadas a la consecución de un fin común, por lo que el contenido de dicha relación jurídica de cooperación no sólo viene conformado por un derecho subjetivo, sino por un conjunto de derechos, obligaciones, facultades y poderes de muy variada naturaleza, consistiendo la transmisión de la condición de socio una verdadera transmisión de una relación jurídica, tanto en su lado activo, como en su lado pasivo, más que la transmisión de un singular derecho subjetivo y autónomo (8).

Así, y en cuanto a la naturaleza jurídica de la transmisión de la condición de socio en las sociedades personalistas, entendemos, pese a las controversias existentes al efecto, que la misma se encuentra más dentro del concepto de

---

(3) Ya tuvimos oportunidad de exponer nuestros argumentos sobre la personalidad jurídica de las sociedades en formación e irregulares. Vid. FRANCISCO REDONDO TRIGO, «La personalidad jurídica de las sociedades irregulares. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, año LXXXIII, núm. 700, págs. 853-873.

(4) Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *La sociedad de capital en formación*, 1996.

(5) De esta forma, destaca la tesis negadora de la personalidad jurídica que en este sentido utilizó GARRIGUES. Vid. GARRIGUES/URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 3.<sup>a</sup> ed., 1976.

(6) Vid. FRANCISCO REDONDO TRIGO, «Transmisión de cuotas sociales en la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2007», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 709, págs. 2201-226.

(7) GIRÓN TENA, «Derecho de Sociedades». Tomo I. Parte General. *Sociedades colectivas y comanditarias*. Madrid, 1976, pág. 283 y sigs.

(8) En contra, PAZ-ARES, *Comentarios del Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1993, Vol. II, pág. 1471.

la cesión de una relación jurídica compleja, que ante una cesión del derecho de participación, por lo que la disciplina de la misma no ha de encontrarse sólo en las reglas de la cesión de créditos (arts. 1.112 y 1.526 y sigs. del Código Civil), sino también en las reglas de la asunción de deudas, configuradas por las relativas a las de la novación de las obligaciones (arts. 1.203 y sigs. del Código Civil) (9), por ello y de acuerdo con GIRÓN (10) consideramos que la «...naturaleza jurídica de esta transmisión es más bien compleja. “Sin duda que se trata de una transmisión de la relación jurídica, y, por consiguiente, de sus lados activo y pasivo...”»; esta transmisión «de sus lados activo y pasivo», que como no puede ser de otra forma se manifiestan en la condición de socio en las sociedades personalistas, suponen pues —en nuestra opinión— la observación de las merítadas reglas de la cesión de créditos y novación de las obligaciones.

(9) A favor de la consideración como cesión de derecho de participación, vid. PAZ-ARES, *op. cit. com.*, pág. 1471. A favor de la calificación de la transmisión como cesión de contrato, vid. GIRÓN, *op. cit.*, págs. 602 y 603, y CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI, Vol. 1.º Artículos 1.665 a 1.708. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, págs. 495 y 496, quien afirma que: «...En mi opinión, no hay inconveniente en aplicar las reglas de la cesión de contratos a la transmisión de la participación social, teniendo en cuenta que el concepto de cesión del contrato se ha formulado sobre la base de la cesión de contratos de cambio. Por ello, la no exacta acomodación de la condición de socio debe producir la corrección de la teoría de la cesión del contrato, para acomodarla a las exigencias de este supuesto particular. Lo cual es posible en un ordenamiento, como el español, en el cual la cesión del contrato no es categoría legislativamente limitada a esos supuestos, sino de elaboración doctrinal y jurisprudencial y, por ende, que admite mayor flexibilidad».

PERDICES HUETOS, *vid.*, *op. cit.*, págs. 34 y 35, admite las dos fórmulas: la de cesión de contrato y transmisión del derecho tanto para las sociedades de personas como para las sociedades de capitales, exponiendo al respecto que: «Los cambios de socios pueden verificarse bien a través de la novación subjetiva o cesión del contrato de sociedad (art. 1.203 y sigs. CC), o bien por medio de transmisión del derecho de participación en que se sustancia la posición de socio (arts. 1.112 y 1.526 y sigs. CC). La primera supone la extinción y posterior recreación en la persona del socio entrante de la participación del socio saliente; la segunda, por el contrario, implica lógicamente la permanencia y tráfico de la participación del socio transmitente al adquirente, que sucede al primero. Estos mecanismos se han venido compartimentando en el orden societario: el primero, la cesión de contrato, se reserva para las sociedades de personas, y el segundo, la transmisión, para las de capital. En efecto, en las sociedades de personas, como correlato de sostener la exclusiva naturaleza de relación jurídica de la participación, se entiende que los cambios de socios se verificarían a través de una modificación o cesión de contrato. El consentimiento del resto de socios (art. 1.696 CC, art. 143 C. de C.) sería negocial y novatorio del contrato fundacional. Por el contrario, en las sociedades de capital, la indudable naturaleza del derecho subjetivo de la participación social en las mismas han hecho de la transmisión, como en el resto de derechos subjetivos, el único recurso considerado por práctica y doctrina. Ciertamente, la diversidad de consecuencias entre una y otra vía es de escaso relieve, y de hecho, se desconocen en la práctica; sin embargo, tomar conciencia de su diversidad presenta una gran relevancia dogmática. A continuación se verá la necesidad de rechazar esa compartimentación, dado que, por un lado, en las sociedades de personas, la naturaleza de derecho patrimonial de sus participaciones permite una auténtica transmisión en sentido técnico, y que, por otro lado, en ocasiones, también es necesario el mecanismo de la recontractación para el relevo de socios en las sociedades de capital, caso de los estadios donde la condición de socio es intransmisible (arts. 62 LSA y 28 LSRL)».

(10) *Id.*, *op. cit.*, pág. 599.

Es justificable la exposición de la transmisibilidad y su régimen jurídico de las sociedades de personas, puesto que éste debe ser el aplicable a la transmisión de acciones de una sociedad anónima en fundación, ya que como pensamos, en ese momento y pese a la adquisición de personalidad jurídica de la sociedad desde el mismo momento del negocio jurídico fundacional, no es menos cierto que dicha sociedad anónima en fundación no puede ser considerada todavía *estricto sensu* una sociedad anónima, lo que implica la inexistencia de sus acciones como títulos valores y la inaplicabilidad del régimen circulatorio propio de la cesión de créditos, *ex* artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Así, PERDICES (11) afirma correctamente que: «*Las participaciones de la sociedad en formación tienen la misma transmisibilidad natural que las participaciones de las sociedades de personas. En efecto, el carácter constitutivo de la inscripción hace que antes de la misma no existan participaciones o acciones. Pero, indudablemente, la sociedad en formación —limitada o anónima— es sociedad y, por tanto, atribuye a sus socios derechos de participación en la misma. Estos, en tanto derechos subjetivos, son naturalmente transmisibles (art. 1.112 del CC), pero su transmisión no puede regir —aún— por las reglas de circulación de la sociedad ya inscrita (arts. 7, 56 y sigs. LSA, arts. 11, 26 y sigs. LSRL) (...) Resulta necesario, por tanto, encajar la relativamente nueva categoría de socio de la sociedad en formación con la tradicional de fundador. Con las presentes reglas de determinación de la condición de fundador, admitir la legalidad y regularidad de un fundador que actuando en su propio nombre y derecho en la fundación no resulta de la escritura sería perturbador. Así las cosas, la racionalidad de la prohibición de transmisión parece haber devenido la de ser una norma de enganche de esas dos condiciones, garantizando la identidad entre los socios que aparecen en la escritura y aquellos que realmente lo son en el momento de su inscripción registral. Todos los socios de la sociedad en formación deberán tener la consideración formal de fundadores. (...) De lo anterior se desprende que el legislador permite los cambios de socios en la sociedad en formación en el mismo grado que en las sociedades de personas, pero, en atención a la adquisición regular de la condición de fundador, los restringe a la modificación contractual.*»

Igualmente, ALONSO-MUÑUMER (12) equiparando las condiciones de socio y fundador, considera que: «*...De acuerdo con ello vemos cómo la aplicación de las reglas de circulación de la sociedad inscrita no pueden regir con carácter general antes de la inscripción (art. 56 LSA y sigs.), tal y como se desprende del tenor literal del artículo 62 LSA, sino que vienen excluidas a favor de la modificación del contrato o cesión del contrato. Entre otras cosas porque la transmisión strictu sensu es una técnica de cambio de socios que no altera el contrato fundacional de la sociedad, de manera que, transcurrido un corto espacio de tiempo desde la constitución de la sociedad, la base personal puede ser completamente diversa de la que aparece en la escritura con el consiguiente riesgo de terceros (...) no se produce la separación socio-sociedad típica de las sociedades de capital; todavía no ha tenido lugar la inscripción registral, y perdura por tanto la dependencia funcional del contrato.*»

Por ello, entendemos que la transmisión de acciones de una sociedad en formación tiene que venir operada vía novación de la posición contractual de socios y no a través de la cesión de créditos. De esta forma predicada, el socio entrante asume la posición contractual del socio saliente en su carácter

---

(11) Vid., *op. cit.*, págs. 318-322.

(12) Vid., *op. cit.*, págs. 132 y 133.

de fundador social, ya que a través de la transmisión de la participación vía cesión de créditos, tal asunción fundacional no sería posible.

De ahí que con acierto se haya mantenido (13) (a los efectos de mantenimiento de la responsabilidad del socio fundador) en lo relativo al socio fundador saliente que éste no pierde su condición de fundador debido al carácter formal de la condición de fundador, esto es, es fundador quien suscribe el contrato social (*ex art. 14 de la Ley de Sociedades Anónimas*), gozando de igual naturaleza de socio fundador el socio entrante debido a la novación del contrato social.

Por ello, coincidimos con ALONSO-MUÑUMER (14) que en el ámbito externo de la responsabilidad fundacional, operada la transmisión mediante la novación subjetiva del contrato social, el socio saliente tiene una responsabilidad plena (arts. 17 y 18 de la Ley de Sociedades Anónimas) por la consideración formal del socio fundador en cuanto a suscriptor del contrato social, aunque en las relaciones internas con el resto de fundadores, su responsabilidad es plena con anterioridad a la pérdida de su condición de socio, puesto que con posterioridad a la misma podrá repetir contra el resto de fundadores alegando su desconocimiento e intervención respecto del hecho generador de la responsabilidad. Esto supone, a nuestro juicio, la misma consideración que han de tener las relaciones entre cedente y contratante cedido en el marco civil de la cesión de un contrato, donde la liberación del cedente no tiene efecto retroactivo, sino que se produce *ex nunc* y no *ex tunc*.

Por otro lado, resulta igualmente responsable plenamente y con carácter externo e interno, el socio entrante en cuanto a la responsabilidad fundacional por mor de la cesión contractual, puesto que el contratante cedido y cesionario son los titulares de la totalidad de los derechos y obligaciones derivadas del contrato objeto de cesión.

En otro orden, en cuanto a la responsabilidad por las deudas sociales, parece claro que el socio entrante ha de responder incluso por las deudas anteriores existentes a la fecha de su adquisición de su condición de socio (art. 15 de la Ley de Sociedades Anónimas, y art. 127 del Código de Comercio, en cuanto a la inexistencia de distinción al respecto), siendo la responsabilidad del socio saliente sólo por las deudas sociales anteriores a su entrada en la sociedad (debido al necesario consentimiento de los acreedores, en función de la aplicación del art. 1.205 del Código Civil, quienes contrataron sobre la estructura de una sociedad personalista y en función de la existente responsabilidad del socio de las mismas en esta clase de sociedades, al igual que por la aplicación del art. 15 de la Ley de Sociedades Anónimas) (15).

### III. DEL PRECONTRATO O DE LA COMPRAVENTA SUJETOS A CONDICIÓN

Sentado lo anterior, no es menos cierto —a nuestro juicio— que otra forma de arbitrar la circulación de las acciones no inscritas todavía es la compraventa o precontrato de las mismas sujetos a la *conditio iuris* consistente en la inscripción de la sociedad, hasta esa fecha, en formación.

(13) Vid. ALONSO-MUÑUMER, *op. cit.*, págs. 136-138.

(14) Vid. ALONSO-MUÑUMER, *op. cit.*, págs. 136-138.

(15) Vid. PAZ-ARES, *Curso de Derecho Mercantil, I*, Civitas, 1999, pág. 627.

De esta forma, y aún operando bajo el régimen de cesión de créditos, propio de la circulación de las acciones y participaciones de las sociedades capitalistas, el condicionamiento suspensivo existente supone pues la perfección del negocio, pero no su consumación, por lo que hasta la verificación del cumplimiento de la condición suspensiva no se produce el efecto transmisivo, ahora sí, bajo el régimen de la cesión de créditos, lo cual no choca con la prohibición del artículo 62 de la Ley de Sociedades Anónimas que se limita a no permitir la entrega y transmisión, facultándose por tanto la existencia de un negocio obligatorio de cesión suspendido en su eficacia transmisiva, fórmula similar a la adoptada por las partes y revisada por esta sentencia del Tribunal Supremo.

Ahora bien, esta fórmula implica que —debiéndose mantener la condición de fundador en el proceso fundacional de la sociedad no inscrita en los términos expuestos— haya de relativizarse el alcance retroactivo que surge como consecuencia de la purificación de la obligación de dar (art. 1.445 del Código Civil) sometida a condición suspensiva, puesto que el artículo 1.120 del Código Civil expresamente prevé lo siguiente: «*Los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquella...*».

En relación con esta retroactividad, DÍEZ-PICAZO (16) ha caracterizado la naturaleza relativa de la misma del siguiente modo: «*...La doctrina tradicional ha resuelto este problema, estableciendo que, en línea de principio, debe considerarse que los efectos determinados por la producción de la condición, se retrotraen al momento de constitución de la obligación. Esta idea es también la que preside el párrafo inicial del artículo 1.120 del Código Civil, según el cual: "los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquella". A la retroactividad de la condición se le ha querido encontrar un fundamento lógico, en lo que se ha llamado el descubrimiento de la verdadera naturaleza o función de la condición. Sin embargo, frente a ello se ha objetado que la retroactividad no es en el fondo más que una ficción legal, de manera que es la ley quien concede ficticiamente a la llegada de la condición los mismos efectos que se habrían producido en el caso que la obligación hubiese surgido como no condicionada.*

*La llamada retroactividad de la condición no es ni una pura exigencia lógica ni una ficción legal, sino una fórmula normativa de reglamentación de intereses. El ordenamiento no se mueve por consideraciones lógico-dogmáticas, sino por motivaciones de intereses. La retroactividad encuentra su justificación en la idea de que, por regla general, es el criterio mejor y más útil para resolver los conflictos que entre las partes se encontraban vinculadas ya entre sí. De todos modos, conviene tener en cuenta que la fórmula de la retroactividad no es nunca absoluta ni constituye una panacea, sino que resulta flexibilizada por los propios pactos establecidos por los interesados y por la naturaleza de las cosas».*

Pues bien, una retroactividad absoluta en los términos del artículo 1.120 del Código Civil pudiera suponer que en esta compraventa de acciones articulada por la cesión de créditos purificada por la inscripción de la sociedad en formación en el Registro Mercantil, esto es, mediante la técnica de la transmisión (cesión de créditos) y no de la cesión contractual, pudiera suponer que el socio adquirente adquiriera tal condición de socio de forma retroactiva en

---

(16) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, pág. 548. Editorial Tecnos, 1986.

el momento de la perfección contractual y que éste quedare fuera del ámbito de la responsabilidad fundacional al no ser considerado como fundador, ya que sólo lo es quien aparezca en el contrato social (*ab initio*, o como consecuencia de una novación del mismo).

Por ello, entiendo que el citado carácter absoluto de la retroactividad que propugna el artículo 1.120 ha de ceder en este supuesto «por la naturaleza de las cosas», según el tratamiento antes realizado, esto es, en este caso especial, relativo a la sociedad en formación para poder admitir esta fórmula. No obstante, para evitar interpretaciones costosas o incluso «cavilaciones» al respecto, no sería desaconsejable acordar o convenir entre las partes de la referida transmisión qué ocurre o qué consecuencias deben aplicarse a esa responsabilidad fundacional, o al menos, mitigar ese carácter absoluto que pudiera intentar atribuirse a la retroactividad en sede de obligaciones condicionales, ex artículo 1.120 del Código Civil, con el objeto incluso de poder admitir la validez de la transmisión suspensiva.

**RESUMEN**

**COMPRAVENTA DE ACCIONES.  
SOCIEDAD EN FORMACIÓN**

*La sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de febrero de 2009, aborda la naturaleza jurídica del régimen de circulación de las acciones de una sociedad anónima en fundación desde la aplicación absoluta del régimen de cesión de créditos, lo cual puede suponer obviar las características propias de la sociedad en formación y los intereses dignos de protección en esta fase, por lo que la fórmula de la novación del contrato fundacional nos parece la más adecuada en atención a la responsabilidad fundacional existente en dicho período social en formación.*

**ABSTRACT**

**SHARE PURCHASE  
COMPANY IN THE PROCESS OF  
BEING FORMED**

*The Spanish Supreme Court's ruling of 4 February 2009 addresses the legal nature of the procedure for the circulation of shares in a corporation that is still in the process of being founded. The focus is on the unfailing application of the procedure for debt assignment, which may undermine the characteristics that a nascent company ought to have and the interests that ought to be protected during foundation. Novation of the foundation agreement therefore seems to us the most appropriate formula, in view of the liability that exists during the foundation period.*

### 3. URBANISMO

*EL SILENCIO POSITIVO CONTRA LEGEM TRAS LA LEY 4/1999,  
DE 13 DE ENERO. UNA SOLUCIÓN LEGAL FRUSTRADA  
POR EL TRIBUNAL SUPREMO*

por

VICENTE LASO BAEZA

*Abogado*

#### I. INTRODUCCIÓN

En dos ocasiones, en los números 680 y 693 de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nos hemos referido al juego del silencio administrativo a partir de la reforma operada en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPA), por la Ley 4/1999, de 13 de enero, analizando sus repercusiones registrales.

Así lo hicimos a la vista en primer término de la doctrina de la Dirección General sentada, entre otras, en la Resolución de 10 de septiembre de 2002, la cual admitía la aplicación del silencio administrativo a la solicitud de licencias de parcelación, el carácter categórico del artículo 43.5 de la LRJPA al dar plena eficacia a los actos administrativos producidos por silencio y, finalmente, que el hecho de que se hubiera dictado una resolución tardía contradictoria, posterior al plazo para la producción del silencio positivo, no implicaba que el acto así obtenido hubiera quedado superado por lo que, salvo que se siguiera el procedimiento de revisión del acto, habría de darse plenos efectos al juego del silencio y por lo tanto acceder, como al efecto reconocía la resolución, a la inscripción de la correspondiente segregación.

Tal posición se sustentaba, en efecto, en la nueva regulación resultante de la indicada Ley 4/1999, de 13 de enero, según la cual el régimen del silencio administrativo en los procedimientos iniciados a solicitud de interesado se amparaba en el artículo 43 de la LRJPA al afirmar que: «...*el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda...*», daba lugar a un nuevo régimen al verse seguida tal previsión, por un lado, de que la estimación tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento y, por otro, de que la obligación de resolver, cuando previamente se hubieran producido los efectos estimatorios del silencio, sólo admitía la resolución tardía confirmatoria del sentido del silencio.

Es por ello que, con el nuevo régimen legal contenido en la legislación de procedimiento administrativo común, mantuvimos, en posición confirmada por diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, que la nueva regulación supuso un reforzamiento del sentido positivo del silencio ya que, fuera de los supuestos a que se refiere el artículo 43.2 de la LRJPA, el interesado obtenía una ganancia o incremento en su patrimonio que implicaba identificar el silencio con la ficción de un acto favorable al que se ligaban los efectos propios de un acto expreso.

En fin, a partir de esta interpretación se sostuvo, pese a la vigencia del artículo 242.6. de la Ley del Suelo de 1992, no declarado inconstitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo, ni derogado por la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, que: «de la LRJPA se deduce la clara y manifiesta intención de establecer un régimen de nulidad de los actos presuntos a través del cual se superara la imposibilidad de aplicar el régimen de silencio positivo en casos de invalidez» (1).

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 28 DE ENERO DE 2009

Como se deduce del título de este comentario, el Tribunal Supremo, en la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de enero de 2009, en el recurso de casación en interés de Ley interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 29 de marzo de 2007, se mantiene en su misma posición de siempre (2) recogida, entre otras muchas, en sus sentencias de 23 de junio de 1971, 24 de noviembre de 1978 y 26 de marzo de 2004, y rechaza, consiguientemente, una jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia que se ha venido manteniendo sistemáticamente en sintonía con la posición indicada en el apartado precedente (3).

---

(1) AGUADO I CUDOLÁ, Vicenc, *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Ed. Marcial Pons, 2001, pág. 119.

(2) En anterior sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de marzo de 2004, se reitera la doctrina tradicional por la inaplicación de la LRJPA en el sentido de que: «no basta con el transcurso de los plazos establecidos en el artículo 9 RSCL para entender obtenida por silencio una licencia de obras sino que, además, ha de indagarse acerca de su conformidad con las normas urbanísticas de aplicación».

(3) El Tribunal Supremo, frente a alguna sentencia, la de 20 de junio de 2005, en la que se calificó la reforma de 1999 como «una Ley que, como ya nos consta, ha dado nueva redacción a la regulación del mecanismo del silencio administrativo, y lo ha hecho para subrayar de manera espectacular que ese mecanismo no puede convertirse en una trampa que se tiende al interesado, sino que es una herramienta jurídica creada para protegerle frente a la inactividad formal de la Administración», el Tribunal Supremo, repetimos, consuma con la sentencia comentada algo así como un giro de trescientos sesenta grados, defraudando con ello expectativas hoy vistas como excesivas. SÁNCHEZ GOYANES, Enrique, «La coherente asunción del silencio *contra legem* en los Tribunales Superiores y Supremo», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 3, año 2006-2, pág. 63, decía, en este sentido, que: «verdadero júbilo está provocando, especialmente, en la doctrina científica y los sectores de la sociedad más interesados —desde diversas perspectivas— en el estatuto de los administrados frente a las Administraciones Públicas, así como, igualmente, entre las organizaciones defensoras de los derechos de los consumidores y usuarios... la asunción —serena, tranquila, consecuyente y muy fundamentada—, por la más avanzada y atenta jurisprudencia, del silencio administrativo *contra legem*, como coherente culminación del replanteamiento llevado a cabo con la Ley 4/1999...».

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, 2008, págs. 612 y 613, sostienen que: «en realidad, lo que ocurre es que se invierten las posiciones. Es la Administración la que tiene que demostrar —por los indicados procedimientos previstos en la Ley— que la situación jurídica producida por silencio adolece de ilegalidad. En otro caso, si la Administración pudiera por sí misma desconocer ejecutoriamente el efecto del silencio positivo, ¿para qué serviría esta institución?»

Cabe, en este sentido, referirse a la posición constante mantenida por los Tribunales Superiores de Justicia del País Vasco en su sentencia, por ejemplo, de 30 de abril de 1999; de Asturias, en su sentencia de 30 de marzo de 1999; de Madrid, en sus sentencias de 20 de mayo de 2004 (4) y 17 de marzo de 2005; de Valencia, en su sentencia de 3 de junio de 2005; de Navarra, en la de 1 de septiembre de 2004, y de Andalucía, en la ya citada de 29 de marzo de 2007 y la anterior de 30 de diciembre de 2005 (5).

La sentencia del Tribunal Supremo se acoge a los argumentos sostenidos por la representación procesal del Ayuntamiento de Málaga en el sentido de que la sentencia recurrida, *«al declarar que las licencias urbanísticas se adquieren por silencio positivo, aunque sean contrarias al ordenamiento urbanístico, en contra de lo establecido categóricamente por el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, así como de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, recogida en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo que se citan, es errónea y gravemente dañosa para los intereses generales por cuanto genera, al tener que ser aplicada por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo del territorio, una situación de anarquía e ilegalidad en un ámbito tan sensible y de tanta trascendencia social como es el urbanismo»*.

En efecto, sostiene así el Tribunal Supremo, en su Fundamento de Derecho Segundo, que *«aunque esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo se ha pronunciado repetidamente sobre los efectos del silencio respecto de las licencias urbanísticas, nunca examinó como cuestión central si, a partir de la nueva redacción del artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, el régimen del silencio en relación con las licencias urbanísticas es el mismo que con anterioridad a esa modificación»*, examen que en este caso se contiene en los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto después de afirmar, en el último párrafo del Fundamento de Derecho Tercero, que la confirmación de la doctrina tradicional del Tribunal Supremo sobre la materia se mantiene pese a que *«no nos pasa desapercibido el conflicto que puede plantearse cuando la Administración no resuelve en tiempo y después deniega una licencia si la obra, transcurrido el plazo para resolver, se ha iniciado o terminado a pesar de ser contraria a la legalidad urbanística, lo que generará, en supuestos de demo-*

---

(4) A ella se refiere NETTEL BARRERA, Alina del Carmen, «El silencio positivo *contra legem* en el Derecho Urbanístico, punto crítico de encuentro entre los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima», en el núm. 248, pág. 151 y sigs., de la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*.

(5) De ella se ocupa FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, «El papel del silencio positivo en la instalación de estaciones de servicio en complejos comerciales (A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, de 30 de diciembre de 2005)», en *Revista Urbanismo y Edificación*, núm. 13, año 2006-1, pág. 91 y sigs., trabajo en el que cuestiona el desplazamiento del artículo 242.6 TRLS/1992 por el 43.2 de la LRJPA, echando en falta *«un pronunciamiento expreso sobre la licitud de la licencia adquirida por silencio administrativo, tras el oportuno examen del planeamiento urbanístico aplicable»*, lo que, dice, *«deja en el aire la posibilidad de que el Ayuntamiento sí entienda que adolece de vicios esenciales que la invalidan o, en su caso, constituyen infracción manifiestamente grave, e incoe por consiguiente un expediente de revisión de oficio...»*.

El mismo autor se ha ocupado de esta cuestión más recientemente en la misma revista, núm. 18, año 2008-2, pág. 74, en el trabajo *La revisión de oficio de las licencias urbanísticas en el marco del Texto Refundido de la Ley del Suelo*.

lición, responsabilidades que, en cada caso, habrá de dirimir quien las deba soportar».

Así, en los dos Fundamentos citados dice el Tribunal Supremo:

«CUARTO.—Vaya por delante que el artículo 8.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 ha incorporado lo que disponía el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 con una redacción más general.

Este, declarado expresamente vigente en la Disposición Derogatoria Única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, y no derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 8/2007, establecía que “en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico”.

El artículo 8.1.b) último párrafo del nuevo Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, dispone que “en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”.

Uno y otro son preceptos estatales básicos de raigambre en nuestro ordenamiento urbanístico (art. 178.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976), que rigen en todo el territorio español y que los ordenamientos urbanísticos autonómicos no pueden contradecir (Disposición Final 1 del Texto Refundido aprobado por el citado Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).

QUINTO.—También es un precepto estatal básico el contenido en el artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, según el cual, “los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario”.

Pues bien, la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística.

SEXTO.—Mantenemos, por tanto, la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recogida, entre otras, en nuestras sentencias de fecha 30 de enero de 2002, 15 de octubre de 2002, 17 de noviembre de 2003, 26 de marzo de 2004, 3 de diciembre de 2005, 31 de octubre de 2006 y 17 de octubre de 2007, lo que

*corroborar el error de la Sala de instancia y la necesidad de que procedamos a declarar la doctrina legal que nos pide el Ayuntamiento recurrente, y que debemos hacer extensiva al artículo 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, con los efectos que establece el artículo 100.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».*

En razón de lo anterior, la sentencia concluye, en el Fallo, con los siguientes términos:

*«Que, con estimación del recurso de casación en interés de Ley sostenido por el Procurador ..... en nombre y representación del Ayuntamiento de Málaga, contra la sentencia pronunciada, con fecha 29 de marzo de 2007, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, en el recurso de apelación 8/2003, debemos declarar y declaramos, sin afectar a la situación jurídica particular derivada de dicha sentencia, como doctrina legal que el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial urbanística sin hacer expresa condena respecto de las costas procesales causadas».*

### III. SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

#### 1. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

La argumentación contenida en la sentencia del Tribunal Supremo que se comenta es meridianamente clara.

Si resulta que en el ordenamiento estatal pervive, después de la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, el principio recogido en el artículo 246.2 de la Ley del Suelo de 1992, no derogado por la Ley 6/1998, de 13 de abril, lo que tiene lugar por haberse recibido en el artículo 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 20 de junio de 2008, y si el artículo 43.2 de la LRJPA sostiene que *«los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario»*, la conclusión que procede mantener es que conforme a tales preceptos *«no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial y urbanística»*.

Lo anterior lleva a la sentencia a que se mantenga *«por tanto, la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común»*.

2. EN CUANTO AL CARÁCTER ERRÓNEO O GRAVEMENTE DAÑOSO PARA EL INTERÉS GENERAL DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA EN CASACIÓN

Como primera cuestión, no deja de causar cierto asombro la razón esgrimida por el Ayuntamiento de Málaga en su recurso de casación, la cual, sin duda, subyace en la posición final de la sentencia comentada que la hace suya en el último párrafo del Fundamento de Derecho Quinto, cuando después de afirmar que la doctrina mantenida por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, es contraria al artículo 242.6 de la Ley del Suelo de 1992, sostiene que su condición como errónea y gravemente dañosa para el interés general viene dada por ocasionar, *«al tener que ser aplicada por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo del territorio, una situación de anarquía e ilegalidad en un ámbito sensible y de tanta trascendencia social como el urbanismo»*.

En otras palabras, se desplaza el foco de la verdadera situación de anarquía e ilegalidad, el que se emplaza con carácter general en el incumplimiento deliberado del ordenamiento jurídico y en este caso en el sistemático incumplimiento del deber de resolver en los plazos legales, a los supuestos males ocasionados por la presunta ejecución de actos en desarrollo del planeamiento alcanzados al amparo del régimen del silencio positivo, dando con ello a entender que ésta es una práctica habitual origen, en cierto modo, de los grandes males del urbanismo español.

De esta manera, más allá de las dificultades objetivas del engarce de la doctrina sentada en la sentencia con el régimen legal del silencio previsto en la LRJPA, en ella se asume un razonamiento perverso al resolver el debate, con el oportuno ropaje jurídico, a partir de unos supuestos efectos que cualquier conocedor de la práctica administrativa habitual se encontraría en condiciones de desmentir a la vista de una experiencia que así lo viene atestiguando de modo constante.

Y es que, en efecto, los intentos de acogerse al silencio positivo ya no es sólo que constituyan un último y desesperado recurso del ciudadano como reacción a la no inhabitual lentitud de la Administración a la hora de resolver, lo que le convierte en una excepción nunca deseada y que es el punto final de la pretensión de hacerse con una resolución expresa; es que, además, el silencio pocas veces da lugar a actos materiales de ejecución del planeamiento por el temor fácilmente imaginable a labrarse la enemistad de una Administración cuyos favores previsiblemente necesitará más adelante por la indispensable obtención de nuevas autorizaciones. Administración que, por otro lado, precisamente no pocas veces encuentra vías de escape a través de las cuales desactiva el carácter positivo del silencio, especialmente cuando los efectos del acto no se han llegado a consumir, lo que consigue con el fácil recurso a la suspensión de las obras por la ausencia de licencia, al rechazo de la existencia de ésta, pues el carácter incompleto del proyecto impedía el inicio del cómputo para resolver y con ello la posibilidad de que se adquiriera la licencia por silencio o, entre otras posibles fórmulas, a la adopción de una resolución tardía contraria al sentido del silencio cuya presunción de legalidad condena al interesado a la resignación o, lo que quizá sea peor, a reclamar el auxilio de los Tribunales cuyo resultado no sólo necesita de un largo período de tiempo sino que además es en gran medida incierto.

La posible situación de anarquía e ilegalidad que haya podido vivir el urbanismo español en el último decenio, consideración a la que cabría oponer

no pocos matices, no está precisamente originada por la realización de actos de uso del suelo realizados en virtud de autorizaciones obtenidas por silencio. Sin ir más lejos, en la provincia de Málaga, las decenas de miles de viviendas construidas ilegalmente en Marbella se ampararon en licencias expresas a las que sin embargo únicamente les faltaba el pequeño detalle de un instrumento de planeamiento que las diera cobertura.

Por ello, en rigor, en el ámbito urbanístico, el silencio administrativo positivo en escasas oportunidades desencadena actos materiales de ejecución del planeamiento, siendo más bien un mecanismo, el de su mera exteriorización ante la Administración, por medio del cual se busca una presión añadida para alcanzar la resolución expresa, particularmente cuando, como sostiene el artículo 43.4.a), «en los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa, posterior a la producción del acto, sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo».

No estaría de más conocer cuántas edificaciones se han demolido o construido en España en los últimos diez años al amparo de autorizaciones obtenidas por silencio positivo, lo que revelaría más bien, por su presumible escaso número, que lo erróneo y dañoso para el interés general es el mantenimiento de la doctrina tradicional en clara colisión, como a continuación reiteramos, con la regulación dispuesta en la LRJPA; no, por el contrario, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009, en el segundo párrafo de su Fundamento de Derecho Quinto, por ser la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía una doctrina que «elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística», ya que ésta, más bien, debe sustentarse en un ejercicio racional de la potestad de planeamiento acorde con el principio de desarrollo sostenible, en un control riguroso de las autorizaciones precisas y, en fin, en una puesta en funcionamiento de la acción disciplinaria con que cuenta la Administración frente a la comisión de infracciones.

### 3. BREVE REFERENCIA A LA SENTENCIA A LA LUZ DE LA LRJPA Y SUS CONSECUENCIAS REGISTRALES

Al margen de lo ya expuesto en el apartado precedente, así como de la posición que hasta la sentencia comentada han mantenido los Tribunales Superiores de Justicia y que damos aquí por conocida, ha de recordarse, una vez más, en relación directa con la argumentación del Tribunal Supremo, que la Ley 4/1999, de 13 de enero, estableció una regulación en materia de silencio administrativo apoyada en la declaración contenida en su Exposición de Motivos en el sentido de que «el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz que la Administración Pública sólo podrá revisar al acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos por la Ley».

Con ello la reforma pretendió, frente a una anterior jurisprudencia sobre el silencio administrativo *contra legem* en la que el principio de legalidad gozaba de una posición de preeminencia sobre el de seguridad jurídica, invertir los términos, dando un mayor valor a este último, circunstancia desarrollada en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de mayo de 2004, a lo que nos referimos en nuestro anterior comentario recogido en el número 693 de esta Revista.

La misma Exposición de Motivos contemplaba por ello la ruptura con la regulación anterior en los siguientes términos: «se trata de regular esta capital

*institución del procedimiento administrativo de forma equilibrada y razonable, por lo que se suprime la certificación de actos presuntos que, como es sabido, permita a la Administración, una vez finalizados los plazos para resolver y antes de expedir la certificación o que transcurriera el plazo para expedirla, dictar un acto administrativo expreso aún cuando resultara contrario a los efectos del silencio ya producido».*

Y es por ello, justamente, por lo que la Ley 4/1999, de 13 de enero, dispuso en su artículo 43.4.1) la ya citada imposibilidad de que se dictara resolución tardía contraria al sentido del silencio.

Por consecuencia, la interpretación del artículo 43 de la LRJPA en el contexto de la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, cuando la legislación autonómica liga efectos positivos a la falta de resolución en plazo, debía dar lugar, como dicen sus apartados 1 y 3, al nacimiento de un acto cuya consideración es la «*de acto administrativo finalizador del procedimiento*» que impide la adopción de resolución tardía contradictoria y cuya expulsión del mundo jurídico sólo puede producirse mediante su revisión.

Lo que implica que el inciso inicial del artículo 43.2 sea operativo exclusivamente cuando el sentido del silencio establecido en la legislación autonómica fuera expresamente declarado como negativo, supuesto en el cual la falta de resolución implicaría la inexistencia de acto y con ello, *ex* artículo 43.3.b), la posibilidad de que se dictara acto expreso contrario al sentido del silencio.

Por ello resulta difícilmente conciliable con la LRJPA que, cuando la legislación autonómica prevea el sentido positivo del silencio en caso de falta de resolución en plazo, éste conviva simultáneamente con su negación debida hoy a lo dispuesto en el artículo 8.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 20 de junio de 2008.

De lo que debería resultar que la existencia de un acto presunto contrario al ordenamiento, como ocurriría, por ejemplo, con una licencia errónea, queda sujeta a su eventual revisión, para lo que si bien habría causa dada la oposición citada, mientras no se produjera mantendría su vigencia.

Todo lo cual, en último término, dados los efectos vinculantes de la sentencia respecto de todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, conforme al artículo 100.7 de la Ley de la Jurisdicción, obliga, mientras perdure esta doctrina, a revisar la mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, en la Resolución de 10 de septiembre de 2002, en la que no se consideró obstáculo para la inscripción de una segregación la «*existencia de una resolución administrativa desestimatoria al estar dictada fuera de plazo*», lo que «*confirma(ba) de manera incuestionable la estimación por silencio positivo de la solicitud, estimación que ya impedirá la posterior resolución denegatoria*».

Revisión que postulamos en la medida en que la práctica de la inscripción tenga lugar, como se recogía en la Resolución, con el conocimiento simultáneo de la resolución tardía desestimatoria, determinante en adelante de la inexistencia de acto tácito, no, por lo tanto, cuando la inscripción se efectúa con la constancia fehaciente de la solicitud y su consiguiente fecha, supuesto en el cual el transcurso del plazo legal sin resolución expresa da lugar, de ser positivo el efecto del silencio, a la procedencia de su práctica y a que, en caso de adoptarse con posterioridad resolución expresa denegatoria, ésta no pueda acceder al Registro para devolver la finca al estado inicial, salvo consentimiento del titular, por estar los asientos registrales bajo la salvaguardia de los Tribunales conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria. Téngase en cuenta, en

este sentido que, en cuanto a la concesión de licencias por silencio referidas a la inscripción de declaraciones de obra nueva, el artículo 54 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, contempla la puesta en conocimiento del Ayuntamiento respectivo «de las inscripciones realizadas», no, por lo tanto, de la pre-tensión de inscribir, con lo cual la reacción municipal se encuentra con los límites indicados (6).

RESUMEN

SILENCIO ADMINISTRATIVO.  
LICENCIAS NULAS

*El Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de enero de 2009, dictada en un recurso de casación en interés de Ley, se ha pronunciado, de conformidad con su posición tradicional sobre el silencio administrativo en el urbanismo, en el sentido de que la reforma operada en la LRJPA por la Ley 4/1999, de 13 de enero, al subsistir, antes en el artículo 242.6 de la Ley del Suelo de 1992 y hoy en el 8.1.b) de la Ley del Suelo de 2008, la previsión según la cual no se pueden adquirir por silencio licencias en contra del planeamiento, no permite entender que el mero transcurso del plazo para resolver implique su obtención cuando opera contra legem en virtud de la salvedad resultante del artículo 43.2 de la LRJPA, siendo en tal caso posible que, sin previo procedimiento alguno de revisión por inexistencia del acto, se dicte resolución tardía denegatoria, lo que en todo caso tiene ciertas peculiaridades registrales cuando la inscripción debida a actos alcanzados por silencio preceda a dicha resolución tardía.*

ABSTRACT

ADMINISTRATIVE SILENCE  
NULL LICENSES

*In its ruling of 28 January 2009 on an appeal filed in the interests of the law, the Spanish Supreme Court ruled in accordance with its traditional position on administrative silence in land development. The court said that, whereas the stipulation that licenses contradictory to established planning cannot be acquired through silence subsists (first in section 242.6 of the 1992 Land Act and now in section 8.1.b) of the 2008 Land Act), the reform of the Act on the Legal Procedure for Government and the Common Administrative Procedure (ALPGCAP) by Act 4/1999 of 13 January does not allow us to assume that the mere expiration of the decision-making deadline implies that the license is granted when the requested license operates contra legem under the exception resulting from section 43.2 of the ALPGCAP. In that case a late decision refusing the license may well be handed down, without any prior review procedure, because there is no act to be reviewed. Such an event would have certain registration-related peculiarities if an entry predating the late decision has already been made on the grounds of acts performed by virtue of silence.*

---

(6) Se trataría de una más de las manifestaciones de los supuestos estudiados por LASO MARTÍNEZ, José Luis, en su trabajo «Ilícitud administrativa y validez civil», publicado en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Ed. Centro de Estudios Hipotecarios, pág. 1169.

# ACTUALIDAD JURÍDICA



## I. Información legislativa

### NORMAS ESTATALES

#### CORTES GENERALES

— Resolución de 21-5-2009. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 5/2009, de 24-4-2009, de medidas extraordinarias y urgentes para facilitar a las entidades locales el saneamiento de deudas pendientes de pago con empresas y autónomos.

#### JEFATURA DEL ESTADO

— Ley 4/2009. 15-6-2009. Control de precursores de drogas.

— Ley 5/2009. 29-6-2009. Modifican la Ley 24/1988, de 28-7-1988, del mercado de valores; la Ley 26/1988, de 29-7-1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, y el Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29-10-2004, para la reforma del régimen de participaciones significativas en empresas de servicios de inversión, en entidades de crédito y en entidades aseguradoras.

— Real Decreto-ley 6/2009. 30-4-2009. Adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social.

— Corrección de errores. Real Decreto-ley 6/2009. 30-4-2009. Adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social.

— Real Decreto-ley 8/2009. 12-6-2009. Concede créditos extraordinarios y suplementos de crédito por importe total de 19.821,28 millones de euros, y se modifican determinados preceptos de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales.

— Real Decreto-ley 9/2009. 26-6-2009. Reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

## PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 638/2009. 17-4-2009. Modifica el Real Decreto 1370/2008, de 1-8-2008, por el que se desarrolla la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno y se desarrolla el Real Decreto 542/2009, de 7-4-2009, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

## MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 716/2009. 24-4-2009. Desarrolla determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25-3-1981, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.

— Real Decreto 863/2009, de 14-5-2009. Modifica el Real Decreto 231/2008, de 15-2-2008, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

— Real Decreto 899/2009. 22-5-2009. Aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.

— Real Decreto 900/2009. 22-5-2009. Modifica el Real Decreto 2583/1996, de 13-12-1996, de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de modificación parcial de las correspondientes a la Tesorería de la Seguridad Social.

— Real Decreto 950/2009. 5-6-2009. Modifica el Real Decreto 508/2001, de 11-5-2001, por el que se aprueba el Estatuto del INE.

— Real Decreto 1039/2009. 29-6-2009. Desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14-4-2008, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Orden 1597/2009. 15-6-2009. Crea la Comisión de Seguimiento del Plan de Derechos Humanos del Gobierno de España.

## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Instrucción 1/2009. 26-3-2009. Normas para el registro de asuntos en los sistemas de gestión procesal.

— Acuerdo 26-3-2009. Modifica el Reglamento 1/2005, de 15-9-2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

## MINISTERIO DE JUSTICIA

— Orden 1086/2009. 24-4-2009. Dispone la instalación, en el término municipal de Vigo, de una oficina abierta al público del Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Pontevedra.

— Orden 1291/2009. 21-5-2009. Modifica la Orden 206/2009, de 28-1-2009, por la que se aprueban nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación.

— Resolución de 22-5-2009. DGRN. Corrige la de 6-4-2009, por la que se eleva a definitiva la lista provisional de aspirantes admitidos y excluidos a las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, se corrigen errores y se señala lugar y fecha del sorteo.

— Resolución de 25-5-2009. Publicidad a las traducciones a las lenguas cooficiales propias de cada una de las Comunidades Autónomas, de los modelos de las cuentas anuales que deben depositarse en los Registros Mercantiles.

— Resolución de 25-5-2009. DGRN. Convoca concurso para la provisión de notarías vacantes.

— Acuerdo 29-4-2009. Tribunal calificador de las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles con sede en Barcelona, por el que se señala la fecha en que han de dar comienzo los ejercicios de las mismas.

— Acuerdo 29-4-2009. Tribunal calificador de las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles con sede en Sevilla, por el que se señala la fecha en que han de dar comienzo los ejercicios de las mismas.

## MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 817/2009. 8-5-2009. Desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30-10-2007, de Contratos del Sector Público.

— Corrección de errores. Real Decreto 817/2009. 8-5-2009. Desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30-10-2007, de Contratos del Sector Público.

— Orden 1039/2009. 28-4-2009. Reducen, para el periodo impositivo 2008, los índices de rendimiento neto aplicables en el método de estimación objetiva del IRPF para las actividades agrícolas y ganaderas afectadas por diversas circunstancias excepcionales y se modifican la magnitud específica y los módulos aprobados para la actividad económica de transporte de mensajería y recadería por la Orden 3413/2008, de 26-11-2008, por la que se desarrollan, para el año 2009, el método de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA.

— Corrección de errores. Orden 1039/2009. 28-4-2009. Reducen para el periodo impositivo 2008 los índices de rendimiento neto aplicables en el método de estimación objetiva del IRPF para las actividades agrícolas y ganaderas afectadas por diversas circunstancias excepcionales y se modifican la magnitud específica y los módulos aprobados para la actividad económica

de transporte de mensajería y recadería por la Orden eha/3413/2008, de 26-11-2008, por la que se desarrollan para el año 2009 el método de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA.

— Orden 1327/2009. 26-5-2009. Normas especiales para la elaboración, documentación y presentación de la información contable de las sociedades de garantía recíproca.

— Orden 1375/2009. 26-5-2009. Aprueba los modelos de declaración del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los periodos impositivos iniciados entre el 1-1-2008 y el 31-12-2008, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática y se modifican otras disposiciones relativas a la gestión de determinadas autoliquidaciones.

— Orden 1421/2009. 1-6-2009. Desarrolla el artículo 82 de la Ley 24/1988, de 28-7-1988, del Mercado de Valores, en materia de información relevante.

— Orden 1621/2009. 17-6-2009. Eleva a 18.000 euros el límite exento de la obligación de aportar garantía en las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento de deudas derivadas de tributos cedidos cuya gestión recaudatoria corresponda a las Comunidades Autónomas.

— Orden 1658/2009. 12-6-2009. Establece el procedimiento y las condiciones para la domiciliación del pago de determinadas deudas cuya gestión tiene atribuida la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

— Orden 1729/2009. 25-6-2009. Aprueba el modelo de Certificado de exención del IVA y de los Impuestos Especiales en las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el marco de las relaciones diplomáticas y consulares y en las destinadas a organizaciones internacionales o a las fuerzas armadas de Estados miembros que formen parte del Tratado del Atlántico Norte, distintos de España, y se aprueba el sobre de envío de autoliquidaciones del IVA.

— Resolución de 5-5-2009. Establece el procedimiento y la información a suministrar por las entidades locales que se acojan a lo dispuesto en el Título I del Real Decreto-ley 5/2009, de 24-4-2009, de medidas extraordinarias y urgentes para facilitar el saneamiento de las deudas pendientes de pago con empresas y autónomos.

— Resolución de 8-5-2009. Modifica la de 26-12-2005, sobre organización y atribución de competencias en el área de recaudación.

— Resolución de 2-6-2009. Modifica el plazo de ingreso en periodo voluntario de los recibos del IAE del ejercicio 2009, relativos a las cuotas nacionales y provinciales y se establece el lugar de pago de dichas cuotas.

— Resolución de 3-6-2009. Asistencia a los obligados tributarios y ciudadanos en su identificación telemática ante las Entidades colaboradoras con ocasión de la tramitación de procedimientos tributarios y, en particular, para el pago de deudas por el sistema de cargo en cuenta o mediante la utilización de tarjetas de crédito o débito.

— Resolución de 15-6-2009. Publica la revocación de los NIF.

## COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Corrección de errores. Circular 2/2009. 25-3-2009. Sobre normas contables, cuentas anuales, estados financieros públicos y estados reservados de información estadística de los Fondos de Titulización.

## BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 4-5-2009. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 19-5-2009. Mensualmente se hacen públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 1-6-2009. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 16-6-2009. Mensualmente se hacen públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

## MINISTERIO DE LA VIVIENDA

— Orden 1290/2009. 20-5-2009. Convocatoria para la selección de entidades de crédito colaboradoras con el Ministerio de Vivienda en la financiación de actuaciones protegidas del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

— Resolución de 19-5-2009. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14-5-2009, por el que se revisan y modifican los tipos de interés efectivos anuales vigentes para los préstamos cualificados concedidos en el marco de los Programas 1994 (Plan de Vivienda, 1992-1995), Programa 1997 (Plan de Vivienda, 1996-1999), Plan de Vivienda, 2002-2005 y Plan de Vi-

vienda, 2005-2008, así como se modifican algunas de las características generales de los préstamos convenidos del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación, 2009-2012.

#### MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Real Decreto 897/2009. 22-5-2009. Modifica el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11-6-2004.

— Resolución de 7-5-2009. Consideración como situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común de los periodos de aislamiento preventivo sufridos por los trabajadores como consecuencia de la gripe A H1 N1.

— Resolución de 27-5-2009. Dictan instrucciones en materia de cálculo de capitales coste y sobre constitución por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social del capital coste correspondiente a determinadas prestaciones derivadas de enfermedades profesionales.

— Corrección de errores. Real Decreto 197/2009. 23-2-2009. Desarrolla el estatuto del trabajo autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el registro estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos.

#### MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL

— Real Decreto 1043/2009. 29-6-2009. Ampliación de las funciones y servicios de la Administración del Estado traspasados a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en materia de conservación de la naturaleza (Parque Nacional Marítimo-Terrestre del Archipiélago de Cabrera).

#### MINISTERIO DE EDUCACIÓN

— Real Decreto 922/2009. 29-5-2009. Establece los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio del Ministerio de Educación para el curso 2009-2010.

— Orden 1434/2009. 29-5-2009. Actualizan los anexos del Real Decreto 1892/2008, de 14-11-2008, por el que se regulan las condiciones para el acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado y los procedimientos de admisión a las universidades públicas españolas.

## MINISTERIO DEL INTERIOR

— Real Decreto 818/2009. 8-5-2009. Aprueba el Reglamento General de Conductores.

## MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 898/2009. 22-5-2009. Regula la concesión directa de subvenciones para la adquisición de vehículos, Plan 2000 E de apoyo a la renovación del parque de vehículos.

— Real Decreto 1011/2009. 19-6-2009. Regula la Oficina de Cambios de Suministrador.

## MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Corrección de errores. Real Decreto 248/2009. 27-2-2009. Aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2009.

## MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y MEDIO RURAL Y MARINO

— Real Decreto 948/2009. 5-6-2009. Determinan la composición, las funciones y las normas de funcionamiento del Consejo Estatal para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad.

## COMUNIDADES AUTÓNOMAS

### ANDALUCÍA

— Ley 2/2009. 2-4-2009. Autoriza la transmisión de la titularidad del inmueble denominado Palacio de los Condes de Buenavista, sito en Málaga, calle San Agustín, número 8.

— Ley 3/2009, 28-5-2009. Aprueba el Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (PROTEJA).

— Decreto 266/2009. 9-6-2009. Modifica el Plan Concertado de Vivienda y Suelo 2008-2012, aprobado por el Decreto 395/2008, de 24-6-2008.

— Decreto 278/2009. 16-6-2009. Determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2010.

— Orden 12-5-2009. Modificación de la de 31-10-2007, por la que se determina la jornada y el horario en el ámbito de la Administración de Jus-

ticia en la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como el calendario laboral y se establece para el ejercicio 2009 el calendario laboral.

## ARAGÓN

- Ley 2/2009. 11-5-2009. Presidente y del Gobierno de Aragón.
- Ley 3/2009. 17-6-2009. Urbanismo de Aragón.
- Ley 4/2009. 22-6-2009. Ordenación del Territorio de Aragón.
- Orden 28-5-2009. Regula los procedimientos de tramitación de las medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de rehabilitación de edificios y viviendas, del Plan aragonés para facilitar el acceso a la vivienda y fomentar la rehabilitación 2009-2012.
- Orden 2-6-2009. Distribuyen competencias en relación con los procedimientos de aplazamiento y fraccionamiento de deudas y de devolución de ingresos indebidos en materia de tributos cedidos, tributos propios y otros recursos de Derecho Público gestionados por los órganos de la Administración Tributaria de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- Orden 3-6-2009. Regulan los procedimientos de tramitación de las medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda y suelo, del Plan aragonés para facilitar el acceso a la vivienda y fomentar la rehabilitación 2009-2012, así como los procedimientos de tramitación de las medidas de los artículos 17 y 18 del Decreto-ley 1/2009, de 14-4-2009, por el que se aprueba el Plan especial de dinamización del sector de la vivienda y se autoriza la prestación de avales por el Gobierno de Aragón.

## BALEARES

- Ley 2/2009. 19-3-2009. Rehabilitación y mejora de barrios de los municipios de las Illes Balears.
- Ley 3/2009. 27-4-2009. Modificación de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears sobre causas de indignidad sucesoria y desheredamiento.
- Ley 4/2009. 11-6-2009. Servicios Sociales de las Illes Balears.
- Decreto-ley de 29-5-2009. Medidas ambientales para impulsar las inversiones y la actividad económica en las Illes Balears.

## CANARIAS

- Ley 3/2009. 24-4-2009. Agencia Canaria de Desarrollo Sostenible y Cambio Climático.

- Ley 4/2009. 24-4-2009. Cooperación Internacional para el Desarrollo.
- Ley 5/2009. 24-4-2009. Modifica la Ley 11/2003, de 4-4-2003, sobre Consejos Sociales y Coordinación del Sistema Universitario de Canarias.
- Ley 6/2009. 6-5-2009. Medidas urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo.
- Ley 7/2009. 6-5-2009. Modificación del TR de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias sobre declaración y ordenación de áreas urbanas en el litoral canario.

## CANTABRIA

- Ley 1/2009, de 23-2-2009. Modifica la Disposición Adicional 24.<sup>a</sup> de la Ley 6/2007, de 27-12-2007, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para 2008, relativa a la previsión de garantías en desarrollo de la Ley de Subvenciones.
- Decreto 48/2009. 4-6-2009. Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Agencia Cántabra de Consumo.
- Orden 14/2009. 28-5-2009. Aprueban los modelos de impresos de declaración-liquidación 601 WEB del ITP y AJD, Gravámenes de Transmisiones Patrimoniales, Operaciones Societarias y AJD, 611 WEB del ITP y AJD de Pago en Metálico de Recibos y Pagarés, y 631 WEB del ITP y AJD de Letras de Cambio, para su utilización en las autoliquidaciones que se practiquen a través de la página web de la Consejería de Economía y Hacienda.
- Orden 16/2009. 9-6-2009. Establece la cuantía de las deudas para cuyo aplazamiento o fraccionamiento no se exige garantía.

## CASTILLA-LA MANCHA

- Ley 2/2009. 14-5-2009. Medidas Urgentes en Materia de Vivienda y Suelo por la que se modifica el TR de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.
- Decreto 33/2009. 28-04-2009. Suprime la aportación de determinados documentos en los procedimientos administrativos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de sus organismos públicos vinculados o dependientes.
- Decreto 60/2009. 12-5-2009. Modifica el Reglamento General de aplicación de la Ley 2/1993, de 15-7-1993, de caza de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto 141/1996, de 9-12-1996.
- Decreto 61/2009. 12-5-2009. Ordenación de las actividades profesionales reglamentadas en materia de seguridad industrial de Castilla-La Mancha.

— Decreto 65/2009. 26-5-2009. Regula el Plan de choque frente al desempleo en Castilla-La Mancha.

— Orden 6-5-2009. Aprueban las normas para la aplicación de los medios de valoración previstos en el artículo 57 de la Ley 58/2003, de 17-12-2003, General Tributaria, a los bienes inmuebles de naturaleza urbana en el ámbito de los IS y D e ITPAJD para el año 2009.

— Decreto 72/2009. 2-6-2009. Nombran Registrador y Registradora de la Propiedad para plazas radicadas en el territorio de Castilla-La Mancha.

— Decreto 83/2009. 23-6-2009. Establecen medidas de agilización y de apoyo a los municipios en la concertación interadministrativa de Instrumentos de Ordenación Territorial y Urbanística.

## CASTILLA Y LEÓN

— Ley 4/2009. 28-5-2009. Publicidad Institucional de Castilla y León.

— Ley 5/2009. 4-6-2009. Ruido de Castilla y León.

— Corrección de errores. Ley 5/2009. 4-6-2009. Ruido de Castilla y León.

— Ley 6/2009. 16-6-2009. Complemento de pensión reconocido a auxiliares sanitarios titulados y auxiliares de clínica de la Seguridad Social.

— Ley 7/2009. 16-6-2009. Ampliación del plazo previsto en la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> de la Ley 17/2008, de 23-12-2008.

— Ley 8/2009. 16-6-2009. Transferencia de competencias entre la Comunidad Autónoma y las entidades locales de Castilla y León.

— Orden 983/2009. 31-3-2009. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 999/2009. 24-4-2009. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 1243/2009. 25-5-2009. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Corrección de errores. Orden 873/2009. 15-4-2009. Establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a fomentar la contratación

por cuenta ajena del primer trabajador por parte de autónomos en la Comunidad de Castilla y León.

— Corrección de errores. Orden 1597/2008. 22-8-2008. Regula el funcionamiento del Registro de Uniones de Hecho de Castilla y León.

## CATALUÑA

— Ley 4/2009. 15-4-2009. Instituto de Investigación y Tecnología Agroalimentarias.

— Ley 5/2009. 28-4-2009. Recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán que deban inscribirse en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña.

— Ley 6/2009. 28-4-2009. Evaluación ambiental de planes y programas.

— Ley 7/2009. 13-5-2009. Modificación de la Ley 14/2008, de 5-11-2008, de la Oficina Antifraude.

— Ley 8/2009. 13-5-2009. Modificación de determinados preceptos relativos al interés de demora del TR de la Ley de finanzas públicas de Cataluña y de la Ley 15/2008, de 23-12-2008, de presupuestos de la Generalidad de Cataluña para el año 2009.

— Decreto 75/2009. 12-5-2009. Garantía de la Generalidad para obras de interés cultural relevante.

— Decreto 80/2009. 19-5-2009. Establece el régimen jurídico de las viviendas destinadas a hacer efectivo el derecho de realojamiento, y se modifica el Reglamento de la Ley de Urbanismo con respecto al derecho de realojamiento.

— Orden 278/2009. 7-5-2009. Establece el calendario oficial de fiestas laborales para el año 2010.

— Orden 292/2009. 21-5-2009. Modifica la Orden 523/2008, de 10-11-2008, por la que se determinan los requisitos necesarios para no liquidar y anular las liquidaciones de deudas tributarias y no tributarias de la Generalidad de Cataluña que no excedan de 50 euros, y por la que se determina el límite exento respecto del cual en las solicitudes de fraccionamiento y aplazamiento no será necesaria la aportación de garantías.

— Resolución 1677/2009. 10-6-2009. Resolución de 19-5-2009, de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas, que se dicta en el recurso gubernativo interpuesto por el señor F. T. R. contra la calificación negativa del Registrador de la Propiedad de Valls.

— Resolución 1678/2009. 11-6-2009. Resolución de 21-5-2009, que se dicta en el recurso gubernativo interpuesto por E. y M. A. del B., S. L., contra la calificación de la Registradora de la Propiedad, número 2, de Manresa.

— Resolución 1718/2009. 16-6-2009. Resolución de 22-5-2009, que se dicta en el recurso gubernativo interpuesto por J. S. C. contra la calificación de la Registradora de la Propiedad, número 2, de Manresa.

— Resolución de 25-5-2009. Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia, por la que se anuncia concurso para la provisión de notarías vacantes.

## EXTREMADURA

— Ley 3/2009. 22-6-2009. De creación del Instituto de Estadística de Extremadura.

— Ley 4/2009. 22-6-2009. De creación del Plan de Estadística de Extremadura.

— Decreto 96/2009. 30-4-2009. Establece las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la puesta en práctica de programas experimentales en materia de empleo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y se aprueba la convocatoria de subvenciones para el ejercicio 2009.

— Decreto 99/2009. 8-5-2009. Aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 113/2009. 21-5-2009. Regulan las exigencias básicas que deben reunir las viviendas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, así como el procedimiento para la concesión y control de la cédula de habitabilidad.

— Decreto 114/2009. 21-5-2009. Aprueba el Plan de Vivienda, Rehabilitación y Suelo de Extremadura, 2009-2012.

— Corrección de errores. Decreto 79/2009. 3-4-2009. Establece un programa extraordinario de transformaciones de contratos temporales en indefinidos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

## GALICIA

— Ley 1/2009. 15-6-2009. De modificación de la Ley 11/2008, de 3-12-2008, de pesca de Galicia.

— Ley 2/2009. 23-6-2009. De modificación del TR de la Ley de la función pública de Galicia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2008, de 13-3-2008.

## LA RIOJA

— Decreto 22/2009. 8-5-2009. Aprueba el Plan de Vivienda de La Rioja, 2009-2012.

— Orden 1/2009. 22-5-2009. Desarrolla el Decreto 22/2009, de 8-5-2009, que aprueba el Plan de Vivienda de La Rioja, 2009-2012.

— Orden 29-5-2009. Establecen normas para el aplazamiento y fraccionamiento de pago de las deudas de derecho público cuya gestión corresponde a la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

## MADRID

— Ley 1/2009. 15-6-2009. Creación de una Comisión Permanente no Legislativa para las Políticas Integrales de la Discapacidad.

— Ley 2/2009. 23-6-2009. Modifica la Ley 4/2003, de 11-3-2003, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid.

— Resolución de 30-4-2009. Habilita al Registro Telemático de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid para la recepción de solicitudes de adhesión a convenios o acuerdos de colaboración social celebrados entre la referida Consejería y Colegios o Asociaciones Profesionales relacionados en su actividad con la gestión tributaria para la presentación telemática por cuenta de terceros de declaraciones tributarias correspondientes a los tributos gestionados por la Comunidad de Madrid.

## MURCIA

— Ley 1/2009. 11-3-2009. Transporte Marítimo de Pasajeros de la Región de Murcia.

— Ley 2/2009. 12-3-2009. Modificación de la Ley 5/2008, de 13 de noviembre, por la que se extingue la Cámara Agraria de la Región de Murcia.

— Ley 3/2009. 11-5-2009. Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia.

— Ley 5/2009. 21-5-2009. Modificación de la Ley 11/2007, de 27-12-2007, de Medidas Tributarias en materia de tributos cedidos y tributos propios, año 2008.

— Decreto 158/2009. 29-5-2009. Crea el Registro de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y se regula su funcionamiento.

— Orden 11-3-2009. Medidas de apoyo al contribuyente para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

— Resolución de 25-5-2009. Ordena la publicación del acuerdo del Consejo de Gobierno sobre nombramiento de Registradores, de fecha 22-5-2009.

## NAVARRA

— Ley Foral 4/2009. 30-4-2009. Crea el Colegio Oficial de Educadoras y Educadores Sociales de Navarra.

— Ley Foral 5/2009. 29-5-2009. Por la que se modifica en parte la Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de las Policías de Navarra.

— Ley Foral 6/2009. 5-6-2009. Medidas urgentes en materia de urbanismo y vivienda.

— Ley Foral 7/2009. 5-6-2009. Regula la asignación tributaria del 0,7 por 100 que los contribuyentes de la Comunidad Foral destinan a otros fines de interés social.

— Ley Foral 9/2009. 18-6-2009. Modifica el artículo 103 de la Ley Foral 14/2007, de 4-4-2007, del Patrimonio de Navarra.

— Decreto Foral 39/2009. 2-4-2009. Modifica el Reglamento de desarrollo de la Ley Foral 16/2008, de 24-10-2008, del Plan de Inversiones Locales para el periodo 2009-2012, aprobado por Decreto Foral 5/2009, de 19-1-2009.

— Decreto Foral 49/2009. 4-5-2009. Modifica el Reglamento de desarrollo de la Ley Foral 1/2002, de 7-3-2002, de Infraestructuras Agrícolas, aprobado por el Decreto Foral 59/2003, de 24-3-2003.

— Orden Foral 59/2009. 23-4-2009. Aprueba el modelo del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes S-90, de autoliquidación para los periodos impositivos iniciados entre el 1-1-2008 y el 31-12-2008, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

— Orden Foral 60/2009. 23-4-2009. Aprueba, para los grupos fiscales que tributen por el régimen de consolidación fiscal, el modelo 220 de autoliquidación del IS para los periodos impositivos iniciados entre el 1-1-2008 y el 31-12-2008, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

## PAÍS VASCO

— Norma Foral 9/2008. 23-12-2008. Aprueba los presupuestos generales del Territorio Histórico de Gipuzkoa para el año 2009.

— Norma Foral 1/2009. 17-3-2009. Modifica la Norma Foral 10/2006, de 29 de diciembre, del IRPF, la Norma Foral 2/1999, de 26-4-1999, del Impuesto sobre la Renta de No Residentes y la Norma Foral 2/2005, de 8-3-2005, General Tributaria.

— Real Decreto 809/2009. 6-5-2009. Dispone el cese de don Juan José Ibarretxe Markuartu como Presidente del Gobierno Vasco.

— Real Decreto 810/2009. 6-5-2009. Nombra Presidente del Gobierno Vasco a don Francisco Javier López Álvarez.

— Decreto Foral. Norma de urgencia fiscal 2/2009. 7-4-2009. Modificación del interés de demora.

— Decreto 84/2009. 21-4-2009. Consejo Asesor de la Mediación Familiar.

— Decreto 94/2009. 21-4-2009. Modificación del Decreto por el que se regula la planificación, organización, distribución de funciones y modalidades de gestión en materia de sistemas de información y telecomunicaciones.

— Orden 18-5-2009. Nombramiento de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en resolución de concurso ordinario de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

## VALENCIA

— Ley 4/2009. 5-5-2009. Reforma del artículo 5.4 de la Ley 11/1988, de 26-12-1988, del Síndic de Greuges.

— Decreto 66/2009. 15-5-2009. Aprueba el Plan Autonómico de Vivienda de la Comunitat Valenciana.

— Reforma del Reglamento de Les Corts Valencianes aprobado por el Pleno en sesión de 29-4-2009.

## II. Información de actividades

### ARAGÓN

Los días 4 y 5 de mayo tuvieron lugar las JORNADAS SOBRE *DERECHO Y TECNOLOGÍA* en la Universidad de Zaragoza. Fernando GALINDO AYUDA, Coordinador del Grupo de Investigación, Protección de Datos y Firma Electrónica, intervino con el tratamiento de los siguientes temas: «Administración de Justicia»; «Administración electrónica: acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos»; «Campus virtuales sobre derecho y tecnologías de la información y la comunicación»; «Observatorios sobre gobierno electrónico»; «El aprendizaje del derecho y la reforma de Bolonia»; «Sellos de confianza en línea»; «Firma electrónica»; «Ontologías y XML, Gobierno electrónico e inclusión digital».

\* \* \*

El día 7 de mayo se celebró en el Aula Magna del Edificio Paraninfo, la II JORNADA DE ECONOMÍA LIBERAL CON EL TÍTULO: *CRISIS Y LIBERTAD*. Se desarrolló mediante mesa redonda con la participación de don Manuel TERUEL IZQUIERDO, Presidente de la Cámara de Comercio e Industria de Zaragoza, «Los empresarios ante la crisis»; doña Carmen TOMÁS CROVETTO, periodista especializada en Economía, «El mapa de la crisis. Cómo hemos llegado hasta aquí y por dónde saldremos», y doña María BLANCO GONZÁLEZ, Economista, Profesora de Historia del Pensamiento Económico de la Universidad San Pablo-CEU, «La crisis como excusa: libertad cercenada».

\* \* \*

El día 18 de mayo tuvieron lugar en la Sala de Comisiones *Manuel Giménez Abad* del Palacio de la Aljafería, los DIÁLOGOS: *EL ESTADO-NACIÓN Y LA IDENTIDAD PLURAL*, a cargo de Daniel INNENARITY, Profesor Titular de Filosofía en la Universidad de Zaragoza, y Guy LAFOREST, Profesor en el Departamento de Ciencia Política de la Universidad Laval, de Québec (Canadá).

\* \* \*

El día 17 de junio se organizó en el Palacio de la Aljafería, la JORNADA: *UNA REFLEXIÓN SOBRE EL ESTADO AUTONÓMICO*, de acuerdo al siguiente programa: «Reflexiones sobre la evolución del Estado Autonomómico». Mesa Redonda: «Expectativas y realidad del Estado Autonomómico» y Coloquio.

\* \* \*

El día 24 de junio, organizado por la *Fundación Manuel Giménez Abad*, se celebró en el Palacio de la Aljafería, el SEMINARIO *DE LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO A LA CONFEDERACIÓN*. Como ponente, Roberto BLANCO VALDÉS, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela.

## CANTABRIA

Los días 8 a 10 de julio de 2009 se celebró en Santander el CURSO *PROTECCIÓN JURÍDICA DE ADQUIRENTES DE VIVIENDAS*, organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Dirección:

Juan José PRETEL SERRANO, Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

María Isabel DE LA IGLESIA MONJE, Consejera Técnica del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Día 8: *Posición jurídica de los adquirentes durante la fase de construcción.*

Rafael ARNÁIZ EGUREN, Registrador de la Propiedad de Madrid.

— «Perspectiva fiscal», por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ, Registrador de la Propiedad de La Carolina.

Mesa redonda: Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ, Rafael ARNÁIZ EGUREN y Juan José PRETEL SERRANO.

Día 9: *La protección del Registro de la Propiedad durante el proceso de construcción.*

— «Licencia de edificación y la intervención de técnico competente», por Juan José PRETEL SERRANO.

— «Seguro decenal y el libro del edificio», por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE.

— «Las entidades de crédito durante el proceso de construcción: especial consideración a las cantidades recibidas a cuenta», por Rafael SANZ COMPANY, Director de Servicios Jurídicos Banca Hipotecaria BBVA, y Joaquín NOVAL LOMAS, Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica Cajasol.

Día 10: *Disciplina urbanística. Posición de la Administración pública y de los particulares en los supuestos de revocación de licencia sobre declaración de ilicitud.*

— «Decisiones administrativas o judiciales que supongan la demolición de la edificación», por José Luis LASO MARTÍNEZ, Abogado.

— «La perspectiva de la Administración», por Pastora SÁNCHEZ DE LA CUESTA SÁNCHEZ DE IBARGÜEN, Letrada del Gabinete Jurídico de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

## CATALUÑA

Los días 18 y 19 de junio tuvo lugar en el *CosmoCaixa de Barcelona*, el SIMPOSIO SOBRE TRIBUNALES Y MEDIACIÓN *NUEVOS CAMINOS*

*PARA LA JUSTICIA*, en el que se trataron los siguientes temas: «Desarrollo y aplicación de la Directiva Europea 52/2008»; «Relación entre los tribunales de justicia y la mediación»; «Experiencia de los magistrados y jueces de los Estados miembros»; «Formación de jueces para la mediación»; «Derivación de casos»; «Implantación de políticas públicas de mediación en los distintos países de la UE»; «Gestión y resolución de conflictos y posición respecto a los tribunales de justicia»; «Primeros resultados del Proyecto Libro Blanco de Mediación en Cataluña (y proyectos relacionados)».

## MADRID

Los días 7 y 8 de mayo de 2009, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *BASES TEÓRICAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA*.

Ponencias:

— «¿Una única respuesta correcta?»

Ponente: Aulis AARNIO, Catedrático Emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad de Helsinki (Finlandia).

Contraponente: Manuel ATIENZA, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante.

— «¿Cambio o desarrollo?»

Ponente: Aulis AARNIO.

Contraponente: FRANCISCO LAPORTA, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid.

\* \* \*

Los días 19 a 21 de mayo de 2009, en el Salón de Actos del Colegio de Registradores, se celebraron las JORNADAS DE ESTUDIO: *LA NUEVA LEY SOBRE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES*.

Inauguración:

M.<sup>a</sup> Ángeles ALCALÁ DÍAZ, Directora General de los Registros y del Notariado.

Presentación:

— «El proceso de elaboración de la Ley», por Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid.

Conferencia de introducción:

- «El Registro Mercantil ante la nueva Ley», por Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador Mercantil XIV de Barcelona.

### I. *Transformación de Sociedades Mercantiles*

- «Transformación (Concepto. Caracteres. Distinción de figuras afines. Función económica. Evolución de su regulación. La transformación en la Ley de 2008. Supuestos de transformación: consideraciones generales; especial referencia a la existencia o no de *numerus clausus*», por FRANCISCO JOSÉ LEÓN SANZ, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Huelva.
- «Transformación de Sociedad Anónima (incluida la transformación de SE) en otros tipos sociales», por MARCOS SACRISTÁN REPRESA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid.
- «Transformación de Sociedad Limitada en otros tipos sociales», por CRISTÓBAL ESPÍN GUTIÉRREZ, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.
- «Modificaciones estructurales de la sociedad en liquidación y en situación concursal», por JUANA PULGAR EZQUERRA, Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

Mesa Redonda:

Coordinador: Miguel SEOANE DE LA PARRA, Registrador Mercantil XIV de Madrid.

### II. *Fusiones de Sociedades Mercantiles*

- «La fase previa y el proyecto de fusión», por RITA LARGO GIL, Catedrática acreditada de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza.
- «La fase decisoria (derecho de información; desarrollo de la Junta; publicación)», por MAITE MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Profesora de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.
- «La inscripción de la fusión en el Registro Mercantil», por ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid.
- «Fusión posterior a adquisición de sociedad con endeudamiento del adquirente (art. 35 de la Ley)», por ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Castilla-La Mancha.

- «Fusiones especiales», por Javier JUSTE MENCÍA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- «Fusiones transfronterizas intracomunitarias», por Alberto TAPIA HERMIDA, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.
- «La implicación de los trabajadores en fusiones transfronterizas», por Gaudencio ESTEBAN VELASCO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

Mesa Redonda:

Coordinador: José Ángel GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, Registrador Mercantil de Granada.

### III. *Traslado internacional del domicilio social*

- «Delimitación de supuestos y régimen jurídico aplicable. Evolución y estado actual del Derecho comunitario. Supuestos y régimen del traslado extracomunitario», por Francisco GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Rey Juan Carlos.

### IV. *Escisión*

- «Concepto. Función. Clases. Requisitos. Régimen legal», por Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

### V. *Cesión global de activo y pasivo*

- «Concepto. Caracteres. Distinción de otras figuras. Régimen jurídico aplicable. Clases o modalidades», por Alberto ALONSO UREBA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Rey Juan Carlos.

Mesa Redonda:

Coordinador: Mariano ÁLVAREZ PÉREZ, Director del Servicio de Coordinación de Registros Mercantiles del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

Clausura:

Eugenio RODRÍGUEZ-CEPEDA, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

\* \* \*

El pasado día 29 de mayo, en el Salón de Actos del Colegio, tuvo lugar la tradicional ENTREGA DE LAS MEDALLAS DE HONOR DEL COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. En esta ocasión el acto se quiso encardinar dentro de los diversos eventos conmemorativos del 75 Aniversario del Colegio de Registradores. Esta distinción se entrega por acuerdo de la Junta de Gobierno y pretende destacar a aquellas personas que han desarrollado una intensa labor de colaboración colegial dentro de los distintos aspectos de la profesión.

La medalla se concedió a los siguientes Registradores:

- Don José Luis LASO MARTÍNEZ, Registrador de la Propiedad jubilado.
- Don José Ángel GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, Registrador Mercantil y Bienes Muebles de Granada.
- Don Juan SARMIENTO RAMOS, Registrador de la Propiedad de Getafe, número 1.
- Don Jesús CAMY ESCOBAR, Registrador de la Propiedad de Granada, número 6.
- Don Constancio VILLAPLANA GARCÍA, Registrador de la Propiedad de Alicante, número 4.
- Don Álvaro José MARTÍN MARTÍN, Registrador Mercantil I y Bienes Muebles de Murcia.
- Doña M.<sup>a</sup> Luisa MORENO-TORRES CAMY, Registradora de la Propiedad de Sevilla, número 9.
- Don José Miguel MASA BURGOS, Registrador Mercantil Central I.
- Doña Ana M.<sup>a</sup> DEL VALLE HERNÁNDEZ, Registradora Mercantil y Bienes Muebles de Cádiz.
- Don Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Registrador de la Propiedad de Madrid, número 22.
- Don Carlos BALLUGERA GÓMEZ, Registrador de la Propiedad de Bilbao, número 7.
- Don José Luis VALLE MUÑOZ, Registrador de la Propiedad de Vilanova i la Geltrú, número 2.
- Don Andrés JUEZ PÉREZ, Registrador de la Propiedad de Quintanar de la Orden.

Tras la imposición de las medallas, don José Luis LASO MARTÍNEZ se dirigió a la audiencia para dar las gracias, en nombre del resto de medallistas, a la Junta de Gobierno, y para señalar la importancia de ser reconocido con la máxima distinción que otorga el Colegio de Registradores.

Igualmente se concedió la Medalla al Mérito del citado Colegio, por su abnegado trabajo durante más de cincuenta años al servicio de la Institución, a:

- Don Pedro Bautista MARTÍN HERRERO.
- Don José DÍAZ RUIZ.

El Decano del Colegio de Registradores, junto al resto de miembros de la Junta de Gobierno, entregó a los registradores jubilados una placa en reconocimiento a la larga trayectoria desempeñada dentro del Cuerpo de Registradores.

En esta ocasión, los Registradores que recibieron el homenaje fueron:

- Don Tesifón JOYA PÉREZ.
- Don Juan Bautista FUENTES LÓPEZ.
- Don Juan Antonio PÉREZ DE LEMA MUNILLA.
- Don Julio César GARCÍA-ROSADO DOMÍNGUEZ.
- Don Julio GUELBENZU VALDÉS.
- Don José Antonio MIQUEL CALATAYUD.
- Don Francisco PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO.
- Don Gregorio MADERO DE LA FUENTE.

Tras la entrega, en representación de los registradores jubilados, don Juan Bautista FUENTES tuvo unas palabras de agradecimiento hacia todos los compañeros.

\* \* \*

Los días 4 y 5 de junio de 2009, el Colegio de Registradores de España, conjuntamente con el Instituto dos Registos e do Notariado de Portugal y la colaboración de ELRA (European Land Registry Association) organiza la celebración en Madrid de la sesión inaugural del SEMINARIO *JUSTICIA CIVIL (2007-2013), PROYECTOS TRANSNACIONALES*.

Objetivos del proyecto:

Fomentar la cooperación judicial para contribuir a la creación de un auténtico espacio judicial europeo en el ámbito civil basado en el reconocimiento mutuo y la confianza recíproca.

Fomentar la eliminación de los obstáculos para el buen funcionamiento de los procesos civiles transfronterizos en los Estados miembros.

Mejorar la vida diaria de los particulares y empresas, permitiéndoles hacer valer sus derechos en toda la Unión Europea y facilitando, en particular, su acceso a la justicia.

Mejorar los contactos, el intercambio de información y la creación de redes entre las autoridades legislativas, judiciales y administrativas y los profesionales de la justicia, incluido mediante el apoyo a la formación judi-

cial, con objeto de mejorar el entendimiento mutuo entre estas autoridades y los profesionales.

Participantes:

Registradores de la Propiedad y Jueces de los siguientes países: Rumanía, Bulgaria, Eslovenia, Hungría, Croacia, Macedonia, Bosnia-Herzegovina, Portugal y España.

\* \* \*

El día 28 de junio de 2009, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *ERROR JUDICIAL. LA FORMACIÓN DE JUECES*.

Ponencias:

— «Error judicial».

Ponente: Don Jorge MALEM SEÑA, Profesor de Filosofía del Derecho. Universidad Pompeu Fabra.

Contraponente: Don Francisco Javier EZQUIAGA GANUZA. Catedrático de Filosofía del Derecho del País Vasco.

— «La formación de Jueces».

Ponente: Don Jorge MALEM SEÑA.

Contraponente: Don Perfecto Andrés IBÁÑEZ. Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

\* \* \*

Los días 6 a 10 de julio de 2009, la Fundación Universitaria Rey Juan Carlos organizó en Aranjuez los CURSOS DE VERANO: *EL DERECHO CIVIL Y LA ACTUAL CRISIS ECONÓMICA*.

Director: Domingo BELLO JANEIRO, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de La Coruña.

Día 6:

— «La Unión Europea ante la crisis», por José María DE AREILZA CARVAJAL, Decano de IE Law School, Cátedra Jean Monnet-IE.

— «La refinanciación de las empresas en crisis y su repercusión en las garantías reales. Medidas adoptadas por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, para evitar que se vean afectadas por acciones de

reintegración», por Francisco Javier GÓMEZ GÁLIGO, Registrador de la Propiedad.

- «La función social de la propiedad y la actual crisis económica», por Alberto BALLARÍN MARCIAL, Notario.

Día 7:

- «Responsabilidad civil y criterios de imputación», por Juan Antonio XIOL RÍOS, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
- «Efectos del incumplimiento de las obligaciones contractuales por el comprador en el contrato de compraventa. Mecanismos de protección del comprador», por Ana CAÑIZARES LASO, Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Málaga.
- «Emergencia económica y revisión contractual», por Eugenio LLAMAS POMBO, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Salamanca.

Día 8:

- «Incidencia de la crisis económica actual y el espacio de la edificación», por Román GARCÍA VARELA, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
- «Derecho Civil Patrimonial y Derecho del Mercado Hipotecario», por Javier FERNÁNDEZ COSTALES, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de León.

Día 9:

- «La Ley de Propiedad Horizontal a los cincuenta años de su entrada en vigor y la crisis económica», por José Antonio COBACHO GÓMEZ, Catedrático de Derecho Civil, Rector de la Universidad de Murcia.
- «La reconversión (forzosa) del propietario en inquilino y la ilusión de recuperar la propiedad», por Jacinto GIL RODRÍGUEZ, Catedrático de Derecho Civil, Universidad del País Vasco.
- «Cesión del crédito y crédito litigioso», por Carlos MALUQUER DE MOTES BERNET, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Barcelona.

Día 10:

- «Los protocolos familiares como sistema de mantenimiento de la empresa familiar», por María Pilar FERRER VANRELL, Catedrática de Derecho Civil, Universidad de las Islas Baleares.
- «La sucesión en la empresa familiar», por Domingo BELLO JANEIRO.

\* \* \*

El día 14 de julio de 2009 tuvo lugar, en la sede del Colegio de Registradores de la Propiedad, la PRESENTACIÓN DEL LIBRO: *IMPOSICIÓN INDIRECTA DEL SECTOR INMOBILIARIO: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS*, de Francisco Javier SÁNCHEZ GALLARDO.

Intervinieron:

- Antonio José RAMOS BLANES, Director del Servicio de Coordinación de Oficinas Liquidadoras.
- José Manuel DE BUNES IBARRA, Ex-Director General de Tributos.
- Jesús GASCÓN CATALÁN, Director General de Tributos.
- Francisco Javier SÁNCHEZ GALLARDO, autor del libro, Economista, Inspector de Hacienda del Estado (excedente).
- Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, Decano Presidente del Colegio de Registradores.



# INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA



VV.AA., *Diritto costituzionale comparato* (A cura di P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G. F. FERRARI). GIF Editori Laterza (Bari, 2009), 1079 págs.

por

GABRIEL GARCÍA CANTERO

*Catedrático Emérito de la Universidad de Zaragoza*

Que un comparatista de formación iusprivatista preste atención a un Manual de Derecho Constitucional comparado puede sorprender en un país con tan escasa infraestructura comparatista como el nuestro, pero menos que el hecho de proceder el libro de otro país vecino que dispone de casi un centenar de cátedras de Derecho Comparado en sus diversas especialidades, y un número importante de jóvenes profesores de categorías inferiores de la misma materia. Aquél representa un buen índice del alto grado de desarrollo científico y docente logrado por la asignatura en Italia, mientras que entre nosotros los cursos generales de Derecho Comparado están a punto de naufragar en la turbulenta marea actual *por y contra* la llamada Convergencia de Bolonia. Quede aquí constancia de que en esta obra colectiva han colaborado casi dos docenas de profesores de Derecho político, de los cuales 18 lo son, además, de *Diritto costituzionale comparato*.

En principio, obras como la presente presuponen la cita de otras sobre la parte general del Derecho Comparado, y, en efecto, así ocurre, entre otras, con los conocidos Manuales del Profesor SACCO citados con profusión (*ad ex.*, cfr. págs. 20 y 673 y sigs.). Se describe, como objeto de aquélla, «las constituciones de los Estados del periodo histórico contemporáneo, estudiadas con el método comparativo» (pág. 5). Así después de dos breves capítulos sobre metodología e historia (págs. 5-58) que integran la primera parte, se abre la segunda sobre las principales experiencias del constitucionalismo democrático; extensa parte en la que se expone el sistema constitucional del Reino Unido y de sus derivaciones directas (Australia, Canadá y Nueva Zelanda), Estados Unidos, Francia, Alemania y Austria, España, Portugal, Suiza, Bélgica, ordenamientos escandinavos, Unión Europea (que se rotula significativamente: *del patrimonio común al cuasi-federalismo*), Japón e India. La parte tercera —que se presenta a modo de un informe cajón de sastre que hubiera requerido, acaso, ulteriores precisiones— habla indiferenciadamente de «Democracias inciertas y nuevas democracias», incluyendo a América Latina, a las nuevas democracias de Europa centro-oriental, mundo islámico, Derechos socialistas y China. En la parte cuarta y última se incluyen los grandes modelos o enseñanzas que se deducen del Derecho constitucional comparado, ofreciendo la siguiente e intersante síntesis: los sugestivos aspectos publicistas de

la contraposición *civil law-common law*, formas de estado y formas de gobierno, sistemas electorales y de partidos, relaciones centro-periferia (federalismo, regionalismo, autonomías), producción científica y sistema de fuentes, gobierno y administración, justicia constitucional, libertades y derechos.

La obra interesa, en general, al comparatista *tout court*, cuya lectura le permite asomarse a caminos poco transitados —al menos, entre nosotros—, al tiempo que se constata la fecundidad del propio método hoy de moda en algunos círculos por mor de los denodados esfuerzos dirigidos últimamente a elaborar el Derecho europeo. Cualquier jurista encontrará en ella, además, útiles informaciones sobre el Derecho constitucional de buena parte de los países de nuestro entorno. Desde la perspectiva de nuestro Derecho nacional cabe decir que la exposición que dedica la profesora Myriam IACOMETTI a nuestro actual sistema constitucional es correcta, con buena documentación española, aunque, en su conjunto, resulte algo elemental. Por lo demás resulta inevitable pensar con nostalgia en la considerable ventaja que, a este respecto, nos lleva Italia en las diversas especializaciones del Derecho Comparado, con inmediatas consecuencias, no sólo a nivel científico, sino en relación con el alumnado que dispone en aquel país de obras de fácil acceso para su formación.

SACCO, Rodolfo: *Le Droit africain. Antrophologie et Droit positif* (avec la collaboration de Marco GUADAGNI, Roberta ALUFFI BECK-PECCOZ et Luca CASTELLANI) (traduit de l'italien par Michel CANNARSA), Editions Dalloz, 2009, 566 págs.

por

GABRIEL GARCÍA CANTERO

*Catedrático Emérito de la Universidad de Zaragoza*

## 1. INTRODUCCIÓN

Varias razones confluyen para llamar la atención del comparatista español acerca de la publicación de la traducción francesa de este libro (1). Por un lado, el hecho de que Francia, *país fundador* del Derecho Comparado a partir de la celebración del Congreso Internacional de París de 1900, se encuentre actualmente, y desde hace algún tiempo, en la situación de *país receptor* en la

---

(1) El volumen pertenece al gran *Trattato di Diritto comparato* dirigido por el Profesor Rodolfo Sacco, y publicado por la UTET en 1995. Entre esta edición y la francesa se observan algunas oportunas actualizaciones de las referencias bibliográficas a pie de página. También se advierten aquéllas en la breve presentación histórica de cada uno de los países contemplados en la quinta parte de la obra. Por otra parte hay breves, aunque significativas, modificaciones en los enunciados generales de la obra. Ahora la parte primera se enuncia como «África y contexto», en lugar de «Derecho y diversidad». En la segunda parte, su capítulo 4.º se denomina en la traducción francesa, «Las reglas de Derecho africano tradicional», en lugar de «Los institutos del Derecho africano tradicional». La parte tercera se enuncia ahora «África y Mundo», en lugar de «Las aportaciones externas». El capítulo 2.º de la parte cuarta recibe un leve cambio de enunciaci3n: «El Derecho africano al comienzo del siglo XXI», en vez de «El Derecho africano en los umbrales del 2000».

materia (2); se reconocen dificultades prácticas para encontrar editor (de hecho la obra se ha impreso en Bélgica aunque aparece formalmente editada por Dalloz y apadrinada por la colección francesa *À droit ouvert* (3); y, sobre todo, al referirse a un conjunto de países ubicados en el continente africano, dotados de un sistema jurídico con propias características —el formado por los países subsaharianos con exclusión de África del Sur (4)—, factores que influyen, en menor o mayor medida, en un tema comparativo de indudable importancia científica y didáctica, a saber, el siempre de actualidad acerca de una clara delimitación de las familias y sistemas jurídicos (5). A todo lo cual se añade la problemática inherente a la traducción de obras jurídicas aunque, lingüísticamente, sean tan próximas entre sí como el italiano y el francés.

(2) En este punto resulta esclarecedor el *avant propos* que firma la profesora parisina Horatia MUIR WATT, codirectora de la Colección *A droit ouvert*, que ha albergado la edición y que creo oportuno citar por extenso: «El espacio concedido a la interdisciplinariedad en este estudio es el sello de la aproximación culturalista y contestualista de la comparación jurídica que se efectúa en el seno de la Escuela de Turín, de la que Rodolfo SACCO es el padre intelectual. Tal aproximación es, sin duda, la única capaz de iluminar, para el lector occidental, los diferentes estratos complejos de la formación del Derecho en África, que se reparten en profundidad la autoridad del *sorcier* y la marca del *Droit savant* universitario, entre la cultura tradicional y las vicisitudes políticas. Carentes de editor durante mucho tiempo, estas reflexiones nos ha parecido que actualmente reclamaban una urgente publicación. La realidad política es evidentemente demasiado mudable para que los datos legislativos que el autor se ha esforzado de resaltar para cada uno de los Estados del gran continente se hayan siempre actualizado. Pero aquí no radica lo esencial, como sin duda se habrá comprendido. Lo que aporta la reflexión comparatista de Rodolfo SACCO es un cambio del centro epistemológico, una toma de conciencia de los límites del modelo euro-céntrico del Derecho, que no puede servir de puerta de acceso de interpretación de un sistema en el que la normatividad —a veces no verbalizada, y a veces portadora del sello de lo sobrenatural— reposa sobre estructuras sociales y culturales profundas no necesariamente susceptibles de ser captados a través de nuestras categorías usuales» (*op. cit.*, págs. VII y VIII). La profesora MUIR WATT pertenece a la generación joven de los comparatistas franceses que está imprimiendo un nuevo enfoque al comparatismo galo, con mayor apertura hacia otras escuelas y eficaz actitud colaboradora hacia otros países.

(3) Que se define como una «colección destinada a acoger obras que muestran la riqueza de las experiencias jurídicas que ofrece el mundo contemporáneo. Miradas dirigidas hacia fuera, miradas enfocadas aquí y allí en su confrontación y en su acercamiento, estas obras se interesan también por la cartografía del derecho y de las disciplinas jurídicas».

(4) Lamentablemente, tampoco se ocupa de la Guinea Ecuatorial española, probablemente por falta de información sobre las fuentes de su Derecho después de la independencia. Sobre la exclusión de Sudáfrica no se dan explicaciones.

(5) De hecho en el más reciente Manual comparativo traducido al español (ZWEIGERT-KÖTZ, *Introducción al Derecho Comparado*, México, 2003; traducción española de APARICIO VÁZQUEZ, de la tercera edición inglesa de 1998, pág. 73 y sigs.) se niega actualmente la existencia de una *familia jurídica africana*, si bien se añade que es posible que, con el tiempo, surja una familia jurídica completamente, hasta el punto de que tengamos que clasificar los sistemas africanos al sur del Sahara dentro de una nueva familia jurídica con aquella denominación. Se alude a la importancia fundamental que África tiene para la investigación de ciertas disciplinas jurídicas (así etnólogos y sociólogos) e, incluso, se acepta que quienes conceden gran importancia al estudio de la recepción del derecho extranjero puedan referirse a una familia jurídica africana. Actitud, sin duda, que resulta científicamente poco clara, y que más bien podría calificarse de titubeante.

## 2. CONTENIDO DE LA OBRA

Podemos describirlo como de gran riqueza. Así las cinco partes de la obra se distribuyen del siguiente modo: 1.<sup>a</sup>) África y contexto; 2.<sup>a</sup>) África y tradición; 3.<sup>a</sup>) África y mundo; 4.<sup>a</sup>) África e independencia; y 5.<sup>a</sup>) África y diversidad. Con las leves, y ya aludidas, alteraciones en algunos enunciados, introducidas respecto de la primitiva edición, entiendo que se ha querido focalizar la atención del lector sobre el objetivo africano, si bien la parte primera sigue poseyendo indudable valor comparativo general como el autor explica a continuación.

En los *Propósitos introductorios* (págs. IX y X) —que aparece sin firma aunque resulta indudable que corresponde a la paternidad del profesor SACCO— se aducen convincentemente los argumentos que subsiguen (6): «En la biblioteca del jurista no ha habido nunca lugar para una obra de conjunto sobre el Derecho africano. Aunque en los estantes bien visibles aparecen revistas enteramente consagradas a la materia. El antropólogo ha profundizado admirablemente el estudio del Derecho africano. El propio Derecho africano ha ofrecido al antropólogo —especialmente al antropólogo francófono— todos los materiales necesarios para sus teorías. El comparatista se dedica al Derecho africano, y especialmente a la puesta en marcha de un derecho que se encuentra en disposición de responder a las necesidades de una sociedad moderna—. El Derecho africano ha sido objeto de estudio y de análisis. Pero hasta ahora nunca se había redactado una reconstrucción de su conjunto. El autor de la presente obra intenta realizar tal misión; ha aceptado medirse con la dificultad a la que se enfrenta. ¿De dónde procede esta dificultad? El Derecho de cada país africano se compone de elementos provenientes de diversos estratos culturales, que cualquier europeo considera como contradictorios y aparentemente incompatibles entre sí. Las vicisitudes históricas de estos países han creado esta realidad imprevisible, que no se corresponde con ningún programa previsto y establecido con antelación por un poder o por una iniciativa humana. Una fracción de la vida del africano fluye de modo comparable a la del europeo, pero otra fracción de sus relaciones se regula como si no existiera ningún legislador, ni juristas, ni poder político centralizado. La tolerancia africana respecto de los frecuentes golpes de Estado y la concentración del poder político en manos del jefe del Estado coexisten con la autoridad del divino y de la enseñanza universitaria de un *droit savant*. África no es un país con una identidad bien definida. África es un país intercultural. Elementos provenientes de culturas tradicionales conviven en contradicción, y, al mismo tiempo, se entremezclan con aportaciones de las *religiones del Libro* y con otros componentes originarios de Europa. Una obra de conjunto sobre África debe analizar y explicar estos elementos tan diversos. *Explicar significa aquí aclarar sus orígenes y reconstruir las reacciones que la presencia de cada uno de estos estratos ha ejercido en los demás*».

---

(6) Que no figura en la edición italiana. Se trata, por tanto, de una *Introducción para franceses*.

3. SOBRE EL DERECHO AFRICANO PRIMITIVO (7)

A) METODOLOGÍA

Siguiendo el método que Sacco denomina estratigráfico, recuerda que la cultura africana, aunque está influida por los contactos exteriores, conserva evidentemente un núcleo autóctono; así cada africano aparece más o menos fiel a la tradición de su continente y de su región, y resulta más o menos permeable a las aportaciones recibidas del exterior, en función de la región de que se trate, el grado de escolarización, de la religión profesada, de su hábitat (ya sea en la ciudad o en la selva, en un puerto o en el interior). Nada impide estudiar la cultura y la realidad africanas, tal como eran antes de entrar en contacto con otros pueblos, y ello tendría el mérito de reconstruir ciertas características de las culturas africanas más importantes sin confundirlas con los elementos adquiridos más tarde. En todo caso, toda cultura es resultado de sucesivas estratificaciones acumuladas, si bien tal acumulación se ha producido en África diferentemente que en Europa, dándose el caso de que pueden cohabitar combinándose en el seno de un modelo cultural único predominante, o bien repartiéndose geográficamente en zonas diferentes, e, incluso, en el interior de la misma familia; ello ocurre también y con mayor razón en el ámbito jurídico. El análisis estratigráfico de la cultura africana revela la presencia de un primer componente africano, de un sucesivo estrato vinculado a la religión, el tercero introducido por los europeos y el último formado después de la independencia y años sucesivos. Ha variado el lugar en donde se enseña el Derecho africano. Inicialmente no había lugar para él cuando las Universidades se limitaban a enseñar el Derecho romano y el canónico; más tarde cuando los programas incluyen como optativa la asignatura del Derecho colonial, simultáneamente comenzaba a desarrollarse la etnología jurídica, ambas ciencias con caracteres muy diversos; con la independencia las investigaciones sobre el estrato escrito del Derecho africano, así como las encuestas sobre el Derecho africano histórico ocupan el lugar de la etnología y del Derecho colonial; en el periodo intermedio, los archivos de los Ministerios de Colonias se transformaron en bibliotecas africanistas y los cursos impartidos por los funcionarios coloniales fueron sustituidos por diversas formas de enseñanza de materias africanistas. El Derecho africano tradicional no se basa en ninguna obra escrita, por lo cual algunos autores le denominan *Droit coutimier africaine* (8). Este derecho ancestral está fragmentado y no es homogéneo (puede desanimar al investigador el hecho de que en el Congo se han detectado ocho mil sistemas jurídicos de familia y parentelas, pero permite concentrarse en los métodos de trabajo, de estudio y de conocimientos, y autoriza un debate unitario sobre las cualidades de la norma africana y la tipología de las soluciones). En cuanto al método, Sacco cita la conocida obra de Post (9), a quien en Italia siguió MAZARELLA (10), objeto de profundas críticas por su formalismo, surgiendo con miras más amplias la escuela alemana

(7) *Op. cit.*, pág. 69 y sigs.

(8) Pero alerta el autor que a los especialistas más rigurosos no les gusta la intrusión de la categoría de la *costumbre* con sus conocidos requisitos (*op. cit.*, pág. 73, nota 1).

(9) POST, *Etnologishe Jurisprudenz* (Leipzig, 1983).

(10) MAZARELLA, *Studi di etnologia giuridica*, 16 vols. (Catania, 1903-1937).

de KOHLER (11). Diferente es la metodología seguida por la escuela francesa de DURCKHEIM y MAUSS. Con el tiempo, estas escuelas basadas en métodos formales y sistemáticos declinan y se sustituyen por la etnología dirigida a la aplicación práctica, si bien el fin del colonialismo ha puesto en peligro la continuidad de esta dirección, aunque algunos países independientes han seguido utilizando los resultados de las encuestas, insertándolos en los textos legales a la hora de legalizar las normas consuetudinarias; pero los temas de los Congresos Internacionales de Derecho Comparado de Bruselas (1958) y Hamburgo (1962) muestran ya el abandono científico del empleo de los cuestionarios. En el periodo intermedio entre el fin de la segunda guerra mundial y el inicio de la descolonización se produce el fenómeno de la difusión de la obra de SAUSURE y la concentración de la actividad investigadora de la antropología cultural (que ha absorbido a la etnología) en los temas familiares. Surge una antropología jurídica que defiende que no basta con formular la regla jurídica; así no se contenta con decir que el propietario puede recolectar los frutos del verger, sino que debe añadir que el árbol se venga de quien le arranca sus frutos, sino que el *chamán* enseñará al propietario la fórmula que permite conjurar la venganza del árbol. Por otra parte, evolución y difusión son procesos presentes simultáneamente en el mundo de la cultura. Al menos desde hace tres mil años las transformaciones culturales están vinculadas a evidentes fenómenos de imitación en el dominio de la lengua, de la religión y también del derecho, así como la tendencia de los elementos presentes en una cultura dada a organizarse de modo ordenado y sistemático.

## B) LA SACRALIDAD

La norma tradicional africana es permeable frente a lo sagrado; la sacralidad es, incluso, una de sus dimensiones; con todo, la sacralidad del Derecho africano concierne esencialmente al África más típica, a saber, la que habla lenguas nigerokordofanianas y nilo-saharianas (12). El poder se legitima por lo sagrado, y ello se manifiesta y concreta no sólo por el hecho de que las sanciones sobrenaturales amenazan al ciudadano que rehúsa obedecer al jefe, sino sobre todo porque el jefe se beneficia de ayudas sobrenaturales (el poder de adivinación y el de comunicarse con los antepasados). La atención prestada a los muertos, y especialmente a los antepasados, se explica por los poderes que ejercen sobre los vivos y sobre los bienes (por ejemplo, para determinar los linderos, la distribución del territorio y de los ríos entre los pescadores, se

---

(11) Creador, a partir de 1878, de la famosa *Zeitschrift für die Vergleichende Rechtswissenschaft*.

(12) *Op. cit.*, pág. 82.

En 1980 se celebró en París un Coloquio organizado por el Laboratorio de antropología jurídica sobre el tema *Sacralité, pouvoir et droit*; muchos participantes se mostraron de acuerdo en afirmar que en África el derecho siempre está unido a lo sobrenatural, y ello tanto al norte del Sahara (a través de la *Sharia* islámica, como al sur. Aunque debe hacerse alguna matización, pues en algunos lugares la costumbre africana ha sobrevivido a la islamización; por otro lado se encuentran manifestaciones o supervivencias sacro-mágicas formalmente incompatibles con la ortodoxia islámica, pero que se perpetúan facticamente en un ambiente oficialmente islámico; en suma, las interconexiones entre lo mágico y lo religioso deben considerarse como excepcionales al norte y normales en el África subsahariana islámica.

utilizan procesos en los que también intervienen aquéllos y las personificaciones de la tierra y del agua; también las cuestiones sobre la propiedad de la tierra concierne tanto a los vivos como a los muertos). Para protegerse de los poderes maléficos ocultos de algunas personas hay que huir de todo contacto con los europeos (léanse, los médicos) y acudir a los sanadores tradicionales (magos y chamanes).

C) LA ORALIDAD

A mi juicio, el apartado relativo a la formulación de la norma tradicional resulta clave para tratar de captar el significado de la norma consuetudinaria africana (13). La regla tradicional africana no está escrita; la oralidad se manifiesta a lo largo de la vida del derecho: la norma jurídica no figura escrita, el proceso y la sentencia ignoran la escritura, y la doctrina —aun concediendo que exista un embrión de ella— aparece como un saber jurídico vehiculado por la palabra. Algunos autores han traído a colación el precedente de la costumbre germánica medieval, pero SACCO aporta razones lingüísticas y epistemológicas que tienen relación con la distinción entre los hechos y su consecuencia jurídica (*tatbestand* y *fattispecie*), para explicar que la justicia africana puede encontrar cualidades que pueden influir en el fallo, menos perceptibles para un europeo (por ejemplo, el poder carismático o mágico de una persona, aureolado por la simpatía o antipatía que rodea a las partes, o la conducta mantenida por una de las partes a lo largo del proceso, etc.). Todo ello explica las dificultades que surgen para adquirir un buen conocimiento del Derecho africano. Las culturas africanas subsaharianas tradicionales no disponen de escritura y se muestran poco favorables a verbalizar con precisión los fenómenos sociales en que ellas se encuentran inmersas; la antigüedad no nos ha transmitido documentos escritos originariamente en África, relativos al Derecho africano. Hasta ahora son escasos los trabajos de africanos formados en Occidente sobre dicho tema. Por ahora sólo cuentan los estudios e investigaciones efectuados por europeos y americanos sobre la base del investigador que indaga y el autóctono que responde (14).

D) REGLAS MÁS IMPORTANTES DEL DERECHO AFRICANO PRIMITIVO

El capítulo relativo a *Las reglas del Derecho africano tradicional* (las relaciones familiares, el lugar de la persona en la sociedad, la propiedad, el contrato, la infracción y el conflicto, y el poder político, tanto en las sociedades acéfalas como en las de poder centralizado) (15) nos introducen en el núcleo duro del tema cuya pormenorizada exposición excede de los límites de una recensión.

---

(13) Págs. 85-89 en donde confronta el autor las opiniones expuestas en el clásico Manual de René DAVID en relación con el tema.

(14) Por lo demás, no exento de obstáculos. Advierte SACCO que hay temas sobre los cuales el africano no responde nunca o sobre los cuales se considera ligado por el secreto (verdades esotéricas, datos sagrados, palabras indecibles, conversaciones que suponen riesgos de naturaleza diversa, como las mutilaciones femeninas) (*op. cit.*, pág. 91).

(15) Págs. 93-123.

Cabe, al menos, decir que la elección de cónyuge está sujeta a reglas estrictas; el incesto se prohíbe de modo general y absoluto; con todo, el grupo familiar más amplio (tribu o clan) representan los límites externos más amplios para realizar aquélla; en caso de viudez se invita a perpetuar la relación del supérstite con la familia de ambos cónyuges. No se desconoce el divorcio, pero el matrimonio tiende a ser estable, no existiendo la repudiación libre; según las culturas vigentes, cabe la monogamia o la poligamia; el recién nacido puede adscribirse a la familia del padre o de la madre (culturas patrilineares o matrilineares). Celebrado el matrimonio, la pareja puede habitar allí donde vive la familia del marido (matrimonio virilocal) o de la esposa (uxorilocal).

La sociedad africana subsahariana normalmente está estratificada en castas, lo que significa que el *status* de cada individuo depende tanto del que aquél conserva en el grupo de pertenencia como de la posición que corresponde a dicho grupo en el contexto más amplio de la sociedad. Hay libres y esclavos, pero los esclavos del rey pueden alcanzar un elevado status si su dueño quiere confiarles facultades y poderes. La vida del africano depende de su pertenencia al grupo en cuyo seno los vínculos entre sus miembros son muy sólidos (16).

Una de las instituciones más difíciles de comprender por los occidentales es la propiedad africana (17). El autor sugiere partir como situaciones similares el de la propiedad feudal y el de la propiedad de un inmueble afectado al culto especialmente si éste se manifiesta mediante prácticas taumatúrgicas. En África no faltan ejemplos en los que el grupo al que pertenece el sujeto ejerce un control sobre la gestión y la afectación del bien. Sin olvidar que los derechos individuales son reconocidos en el interior de la comunidad, rodeados y limitados por la presencia y respeto de lo sagrado y de las exigencias del grupo; tales derechos pueden parangonarse con nuestros derechos reales y personales de goce, y pueden referirse a facultades o modos de utilización o a la entera explotación agrícola o pecuaria. Así se explica que allí donde la propiedad tradicional ha sobrevivido, está siendo objeto de vivas controversias por obstaculizar el destino a fines más ventajosos o, incluso, una ejecución hipotecaria. Recientemente se ha descubierto la presencia del *jefe de la tierra* que ha sucedido a los antepasados que sellaron el pacto sobre la tierra, de carácter sagrado, que no puede desconocerse. Curiosamente estas consideraciones no valen al norte y al este del Sáhara en donde rige un concepto occidental de la propiedad.

En materia contractual SACCO parte de la conocida afirmación de MAINE —formulada en términos acaso demasiado absolutos—: «En las sociedades arcaicas las relaciones humanas se regulan por el status de la persona; en las sociedades modernas se reglamentan mediante el contrato». Pero tales aseeraciones pecan de demasiado abstractas y conviene revisarlas desde una perspectiva más africana. Para el autor, la idea básica es la de equivalencia (18), siendo

---

(16) Observa el autor que a los investigadores europeos llama la atención el que denominan *comunitarismo africano* en contraste con el *aberrante individualismo* de la civilización industrial. Recientemente LE ROY, «Communautés d'Afrique noire et protection des droits de l'individu», en *Revolution face au pouvoir* (Recueils de la Société J. Bodin, Bruxelles, 1988) (*op. cit.*, pág. 97, nota 7).

(17) Abundante bibliografía, especialmente francesa, se cita en pág. 97, nota 8.

(18) «Hay equivalencia en las promesas intercambiadas entre los dioses y los hombres, entre los vivos y los difuntos, entre la tierra y los agricultores. Hay un sentimiento de equivalencia, a menudo, en los procesos que conducen a una redistribución de pres-

dos los elementos esenciales del contrato, la forma (a veces coincidente con la idea de lo sagrado), y la *datio* o entrega de la cosa; junto a ello aparecen contratos puramente consensuales dedicados a satisfacer las necesidades ordinarias de la vida, a veces mediante prestaciones comunitarias en beneficio de algún necesitado.

El tema de la venganza ha originado una extensa bibliografía (19). La venganza no es obra de la persona ofendida, ni de sus herederos, sino que siempre está confiada al grupo al que pertenece o pertenecía la víctima; recíprocamente recae sobre el grupo considerado como responsable; su práctica está ritualizada; normalmente implica la idea de equivalente y de paridad, pudiendo moderarse mediante la negociación entre los dos grupos que pactan un equivalente. Otros desórdenes menos graves implican también la reacción de toda la comunidad frente al acto ilícito; la antropología habla del *conflicto y de su solución*, la cual puede consistir en la intervención de un árbitro, sea negociada, sea impuesta, lo que requiere un mínimo de organización social de que no todas las sociedades africanas disponen (20). En este tipo de infracciones no interviene el grupo.

Respecto al poder político, el autor analiza, dentro de las sociedades acéfalas, la berebere y la somalí, que tienen de común su economía agrícola y pecuaria, y, más ampliamente, las de poder centralizado, dotadas de un monarca con poderes políticos, con órganos de gobierno y estructuras jurídicas complejas; estas últimas son mejor conocidas y han marcado más visiblemente la historia africana. Por regla general se acepta el origen divino de los reyes, por influencia egipcia difundida en África negra; ello está en contradicción con la doctrina del islamismo, lo que ha originado varios intentos de acomodación; el acceso al trono se reserva a una etnia, línea o familia determinada; es frecuente que haya *contra-poderes*, así como consejeros del rey, la corte y el consejo real; dada la estratificación de la sociedad africana, la aristocracia juega un papel importante, ya sea apoyando, ya sea oponiéndosele, y también las sociedades secretas. Como juicio de conjunto, el autor afirma que las sociedades africanas subsaharianas no han alcanzado el grado de complejidad de la egipcia (21), pues aunque la escritura era conocida, al menos en parte del

---

taciones, como, por ejemplo, si se entrecruzasen la prestación fiscal del impuesto efectuado espontáneamente por el jefe o la redistribución del producto del impuesto entre los diferentes contribuyentes. Hay intercambio entre la sumisión o la prestación fiscal efectuada por el extraño al grupo y la protección de que gozará en el interior del grupo. Hay equivalencia entre el otorgamiento de la mano de la mujer al pretendiente y la prestación (trabajo, bienes muebles) que efectuará en favor de la mujer. El principio de equivalencia relativiza la oposición entre la donación y la permuta, dado que, en numerosas culturas, la donación crea la necesidad de una *contra-donación* bien determinada y visibilizada en la recíproca condicionalidad del don y del incremento del prestigio del donante. Si se ha realizado un homicidio hay equivalencia entre el pago del precio de la sangre y la inmunidad de los responsables con relación a la venganza» (*op. cit.*, pág. 104 y sigs.).

(19) Últimamente: VERDIER, *La vengeance* (París, 1980-1984). Más bibliografía, sobre todo anglosajona, en pág. 108, nota 30.

(20) SACCO, *op. cit.*, pág. 111, enumera la siguiente tipología: Violaciones del orden familiar, daños personales, violaciones de la propiedad, algunas ofensas al honor, comportamientos que implican la ruptura de acuerdos, relaciones de protección con los difuntos u otros personajes invisibles, etc.

(21) SACCO, *op. cit.*, pág. 122 y sigs.

país, no originaron ni un sistema de archivo, ni una minuciosa organización fiscal ni una planificación de las obras públicas.

#### 4. SOBRE EL DERECHO AFRICANO MODERNO

Utilizando una terminología acaso convencional, cabe incluir aquí el contenido de la parte tercera intitulada «África y Mundo», en el que se trata fundamentalmente del factor religioso musulmán y del factor colonial. En realidad el continente africano ha sufrido dos importantes colonizaciones que han dejado huellas permanentes en el Derecho vigente en el mismo, la musulmana, iniciada tempranamente con el triunfo de la rama sunita sobre la chiíta, instalada en el norte y este de África, y con sucesivas irrupciones en el sur del Sahara a partir del siglo IX, con huellas igualmente duraderas (22), y la europea, iniciada en el siglo XVI y desarrollada a lo largo del siglo XIX hasta mediados del siglo XX.

El islam es algo unitario, pero en África ofrece variedad de rostros. Posee, ciertamente, una doctrina precisa y bien conocida en cuanto a las cualidades que debe revestir el gobierno, sus deberes y las reglas a que debe conformarse; también posee una visión propia de las relaciones entre la comunidad islámica y el poder político. Pero puede ocurrir que en un país determinado esté presente sin preocuparse de instaurar relaciones correctas entre la comunidad islámica y el poder civil, o bien que haya fracasado en el intento debido a las resistencias encontradas. Por otra parte, cuando el islam quiere establecer estructuras de poder conformes a la ortodoxia, sin que ningún obstáculo se oponga, el islam no proporcionará reglas para designar la jefatura política de la comunidad ni la distribución de los poderes en su interior. Así el islam ha conocido dinastías hereditarias, monarquías absolutas; o ha investido del mismo a quien guiaba a la congregación o al descendiente del profeta; no infrecuentemente el poder se ha conquistado por la fuerza, sin que afecte a su legitimidad; incluso recientemente el partido, o el propio parlamento, han podido influir en la selección de las personas que ejerzan aquélla.

Sobre la ciencia del Derecho colonial hay abundante bibliografía europea (23); comprende el estudio del conjunto de normas adoptadas por el Estado metropolitano de naturaleza variada (constitucional, administrativo, civil, etc.) vigente en la colonia, y que podía perseguir la asimilación de la población, la sumisión o la autonomía, según los casos. Normalmente no se ocupaba del derecho en vigor al establecerse la colonia, ni de su supervivencia, modificaciones o extinción durante la situación colonial; ni de la introducción,

---

(22) El islam es, actualmente, la religión más extendida en África negra, resultando mayoritaria en varios países (Senegal, Gambia, Guinea, Malí, Níger, Nigeria, Chad y Sudán) y sabemos que, en general, la religión islámica no se desinteresa absolutamente del derecho vigente en la sociedad. La presencia cristiana más antigua está representada, aparte de pequeñas comunidades, por la Iglesia copta en Egipto y en Etiopía. Por su parte, en el norte del continente se instalaron diversas comunidades judías a lo largo de la historia que lograron el respeto a su estatuto personal. La presencia católica se inició junto a las potencias colonizadoras, y se ha continuado después de la descolonización, con un crecimiento espectacular en el siglo XX, existiendo ahora países independientes de mayoría católica. Observa Sacco que las potencias europeas han ido transmitiendo tendencias secularizadoras a los países colonizados.

(23) Sacco, *op. cit.*, pág. 143, nota 2.

implícita o explícita, del derecho metropolitano en la colonia; por ello tal Derecho ha desaparecido al llegar la independencia. Variadas son las formas jurídicas de la colonización (colonias en sentido propio, y colonias atípicas; estas últimas se diferenciaban en protectorados coloniales, territorios sujetos a un mandato colonial y otras estructuras ocasionalmente adaptadas a la función colonial) (24). Interesa aquí conocer la actitud que ha mantenido la potencia colonizadora con el derecho precolonial; a juicio de Sacco se la denomina de la *doble vía* (25), consistente en que los europeos quedaban exentos de someterse a la jurisdicción de los Tribunales indígenas, y también que el poder colonial no se inmiscuía en los conflictos entre africanos. Con todo se generalizó un control mínimo sobre la actividad judicial local, prohibiéndose la aplicación del derecho precolonial si era contrario al orden público de la metrópoli, o a la justicia natural, o a la moral o a los principios de la humanidad, del derecho natural o, eventualmente, a los propios de la civilización francesa. En la práctica, ello ha conducido a cierta erosión del Derecho africano precolonial, salvo en lo relativo a la aplicación de la *Sharía* y a ciertas instituciones, como la práctica de la mutilación femenina. Pero, de modo general, el autor concluye que el Derecho africano ha sabido resistir a la influencia del derecho colonial de carácter laicista (26). Sin olvidar que no pocos sectores del Derecho estaban destinados a recibir, de modo exclusivo, el derecho metropolitano (la vida administrativa local si el poder colonial se decidía a regularlo, las condiciones de trabajo de la mano de obra extranjera, el Derecho Mercantil). Por último, Francia, en calidad de potencia protectora en Túnez y Marruecos, introdujo en el primero, en 1907, un Código de obligaciones y contratos —redactado por un jurista italiano— y en 1912 lo introdujeron en el segundo, en una versión más sintética (27).

## 5. DESCOLONIZACIÓN

SACCO describe brevemente el complejo fenómeno descolonizador en África, con su diferente perspectiva franco-inglesa que han conducido, por un lado, y con base en la constitución gala de 1958, primero a la creación de una Comunidad que, a partir de 1993, ha dado lugar a la OHADA (organización para la armonización del derecho de los negocios), adoptando textos legales de valor superior al nacional (Derecho Mercantil en general, sociedades, garantías, procedimientos, vías de ejecución, etc.), creando un Tribunal de Justicia y de arbitraje, así como una Escuela Superior de Magistratura; mientras que la creación de la *Commonwealth* sirvió para preparar el sucesivo ingreso en la misma por parte de las antiguas colonias inglesas independizadas. Por

(24) El autor detalla la casuística suscitada, añadiendo que era habitual citar el modelo colonial francés como expresión característica del propósito asimilador, mientras que el modelo colonial británico lo era del gobierno indirecto o *indirect rule*; la realidad ofrecía, sin embargo, no pocos ejemplos intermedios (Sacco, *op. cit.*, pág. 146 y sigs.).

(25) SACCO, *op. cit.*, pág. 153.

(26) SACCO, *op. cit.*, pág. 157.

(27) También en el Protectorado español de Marruecos se introdujo un Código de Obligaciones, que perdió vigencia al independizarse el reino alauita y seguir captando la influencia francesa.

otra parte hay que contar con la Unión Europea que a partir del Tratado de Roma (1957) ha ido estableciendo relaciones particulares de asociación con buena parte de territorios dependientes de Francia, Bélgica y Holanda (Convenciones Yaoundé I y II de 1963 y 1969, ulteriormente ampliadas a partir de 1975 con las Convenciones de Lomé I, II, III y IV, y en 2000 con el Tratado de Cotonou que vincula a los quince países miembros de la UE con los de la ACP). En todo caso, al llegar la descolonización cabe constatar que el Derecho africano primitivo consuetudinario ha sufrido una fuerte erosión por la intensa actuación del Derecho colonial, y, en menor medida, también la ha sufrido el propio Derecho islámico.

## 6. EL DERECHO AFRICANO POSTINDEPENDENCIA

La parte cuarta (págs. 181-282) ofrece, a un lector apresurado, el marco socio-político y el contenido sustancial del actual Derecho africano. Ilustrativo a este respecto resulta el índice de los capítulos 1.º y 2.º de la parte cuarta en donde el autor hace gala de una extraordinaria capacidad de síntesis:

Capítulo 1: El derecho de la independencia: I. El africano en presencia del modelo europeo. II. La sociedad africana en el momento de la independencia (la situación lingüística y la enseñanza superior). III. El nacimiento del Estado africano (la intangibilidad de las fronteras y la inestabilidad de los partidos políticos). IV. El modelo europeo y la independencia. V. El Derecho islámico y la independencia. VII. La opción socialista.

Capítulo 2: El Derecho africano al comienzo del siglo XXI (28). I. El nuevo constitucionalismo africano. II. El poder militar. III. El Partido único. IV. El Derecho contra la tradición. V. Resistencia de la tradición. VI. La propiedad inmobiliaria. VII. La familia. VIII. África en las relaciones internacionales. Y IX. Los caracteres de los sistemas jurídicos africanos. El desarrollo del último apartado ofrece gran interés para el comparatista europeo, pues aquí SACCO logra sintetizar su pensamiento (29).

Los diferentes sistemas africanos subsaharianos actuales tienen bastante en común que debe buscarse, no tanto en la situación concreta que el observador encuentra al tiempo de realizar la encuesta sino, más bien, en el elenco de soluciones dispuestas para los países africanos que pueden reconstruirse disociando los diferentes estratos jurídicos que se han superpuesto (el estrato tradicional, el introducido por el poder colonial, el modelo europeo exportado a África por las democracias europeas o elegido por el poder africano para imitarlo, el modelo socialista, etc.); las diversas aportaciones pueden confrontarse con los distintos grupos africanos (los industrializados, los urbanizados pero no industrializados, lo que todavía viven en la selva, los cristianizados, los que siguen fieles a la tradición, los que intervienen en intercambios comerciales e interculturales y los que permanecen aislados. Son frecuentes algunas soluciones al respecto: 1.<sup>a</sup>) Concentración del poder en manos del jefe del estado, teniendo en cuenta que ningún poder institucional sirve de con-

---

(28) Comparándolo con el texto italiano, se observan algunas variaciones enunciativas y actualizaciones bibliográficas.

(29) SACCO, *op. cit.*, págs. 268-272.

trapeso efectivo al de aquél, ni siquiera el poder judicial; el poder militar y junto a él, allí donde exista, el partido único servirán de apoyo al poder presidencial. 2.<sup>a</sup>) Superioridad del poder militar sobre el civil, aunque las relaciones entre ambos pueden ser variables; en cualquier caso, cualquier presidente africano que no sea militar corre el peligro de ser derrocado por los militares. 3.<sup>a</sup>) Superioridad del poder político sobre el judicial. Además, el poder político puede prohibir la actividad de los partidos políticos, lo que facilita el funcionamiento del partido único; aquél nunca renuncia a intervenir en la propiedad de la tierra, por vía de nacionalizaciones con vistas a redistribuir la propiedad. Todo ello puede considerarse como consecuencia de la manera en que se ha ejercido en estos países el poder colonial.

El Derecho africano se caracteriza también por una discontinuidad de fondo. El europeo encuentra, ante todo, las normas procedentes del Iluminismo (códigos, eventuales garantías constitucionales y administrativas, protección del trabajador). A su lado hay un derecho muy diferente, pero que no está en completa desarmonía con el primero; así, el derecho islámico, que respeta al hombre, a condición de desprenderse de algunas asperezas que hieren la dignidad de la mujer y de resistir a la tentación del integrista, y que pueden contribuir a una vida social armónica. El Derecho ancestral aparece como reliquia histórica transformado por el Derecho europeo. En consecuencia, el Derecho ancestral, el Derecho religioso y el Derecho europeo pueden superponerse y proporcionar al ciudadano africano un conjunto de derechos subjetivos que podemos considerar de *derecho común* y también *naturales*. En contraposición encontramos en África un Derecho político, inspirado a menudo en soluciones anormales para lograr el reparto del poder; la ideología socialista ha hecho el papel de Derecho revolucionario, aunque más allá del socialismo, el Derecho político africano busca su propio camino para afirmarse. El Derecho penal está al servicio del poder político con medidas de severidad desacostumbrada.

## 7. LA DIVERSIDAD AFRICANA

Claramente representa la *parte especial* de la obra, la concreción a cada uno de los estados africanos de las ideas generales expuestas anteriormente. Ya se comprende que no quiere representar, a modo de una *guía turística jurídica*, un vademécum que nos ofrece instantáneamente el dato requerido para uso de un hipotético consumidor. Es la culminación de un gigantesco esfuerzo que el autor y su equipo han realizado para ofrecer datos significativos de cada uno de los países africanos subsaharianos (30). Incluso hay países (tales como Lesotho, Liberia, Namibia y Swazilandia) respecto de los cuales sólo se incluye una breve nota bibliográfica. Por lo general, la información de cada país resulta rica y sustanciosa, pudiendo abarcar, en todo o parte, las materias siguientes: Fuentes del derecho, formación del jurista, organización judicial y del estado (en apartados separados), bienes y economía, persona, familia y sucesiones y apéndice bibliográfico (en ocasiones, actualizado respecto a la edición italiana). Los países, por orden alfabético según la grafía francesa, son los siguientes: Angola, Benín, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Camerún, Centroáfrica, Con-

(30) Conviene recordar que se han excluido conscientemente los países del Magreb y África del Sur, aparte de Guinea Ecuatorial que lamentamos los hispanohablantes.

go francés, Congo belga, Costa de Marfil, Gabón, Ghana, Guinea, Kenia, Lesotho, Liberia, Malawi, Malí, Mauritania, Mozambique, Níger, Nigeria, Uganda, Rwanda, Tanzania, Chad, Togo, Zambia y Zimbabwe.

## 8. VALORACIÓN DE LA OBRA

Tanto en su inicial versión italiana de 1995 como en la actual y enriquecida edición francesa de 2009, la obra de Sacco ofrece extraordinario interés para el comparatista español, dada la rigurosa orfandad que el tema padece en la bibliografía publicada en nuestra lengua. En los escasos cursos sobre Derecho Comparado que actualmente se dispensan todavía en las Universidades españolas (y que pueden peligrar, paradójicamente, al implantarse la Convergencia de Bolonia), el apartado relativo a los Derechos africanos se despacha con unos vagos y gruesos trazos que nada significan y que es imposible que sean capaces de suscitar entre los alumnos algún interés por su ulterior profundización. Las referencias pueden venir, acaso, lateralmente debido al incipiente interés que se ha despertado entre nosotros por el Derecho musulmán (que aquí ocupa un importante lugar, aunque se haya prescindido de exponer el Derecho en los países del norte de África) y la anécdota sobradamente conocida de la supervivencia del Derecho romano en Sudáfrica a través de la vía de la Escuela Elegante. Esta obra constituye una excelente introducción al tema, la consulta de cuya bibliografía —nunca española— permitirá ulterior profundización.

# REVISTA DE REVISTAS



## REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 249 (Abril-Mayo 2009)

«Las garantías de las expropiaciones urbanísticas a la luz del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», por Rafael FERNÁNDEZ BAUTISTA, pág. 11.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 13 DE DICIEMBRE DE 2005. *EXCURSUS* SOBRE EL AGENTE URBANIZADOR.—III. NOTAS SOBRE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL SISTEMA DEL CEDH.—IV. LAS GARANTÍAS EXPROPIATORIAS DERIVADAS DEL SISTEMA DEL CEDH Y LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DEL SUELO DEL SIGLO XXI.—V. COMENTARIO FINAL.

«La celebración de consultas populares con motivo de la aprobación inicial de un Plan General de Ordenación Urbana», por María Jesús GARCÍA, pág. 43.

*SUMARIO:* 1. LAS CONSULTAS POPULARES Y EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN.—2. ¿CONSULTAS POPULARES SOBRE LA APROBACIÓN INICIAL DE PLANES GENERALES DE ORDENACIÓN URBANA?: A) COMPETENCIAS MUNICIPALES EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DEL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANA. COMPETENCIAS PROPIAS Y COMPETENCIAS EXCLUSIVAS. B) EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO MUNICIPAL COMO ASUNTO DE INTERÉS LOCAL. C) OTROS REQUISITOS DE LAS CONSULTAS POPULARES. EL INTERÉS DE LOS VECINOS EN LA ORDENACIÓN MUNICIPAL.—3. LA CONSULTA POPULAR COMO FORMA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ELABORACIÓN DEL PLANEAMIENTO: A) LAS CONSULTAS POPULARES NO SON UNA MODALIDAD DE REFERÉNDUM DE ÁMBITO LOCAL, SINO UNA MANIFESTACIÓN DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. B) LAS CONSULTAS POPULARES COMO MECANISMO COMPLEMENTARIO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.—4. LA AUTORIZACIÓN DEL GOBIERNO COMO REQUISITO DE VALIDEZ DE LA CONSULTA. NATURALEZA JURÍDICA.

«Regulación jurídico-urbanística del uso de vivienda familiar en suelo rústico», por Vicent PRATS RAMÓN, pág. 77.

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA POSIBILIDAD DE IMPLANTAR USOS RESIDENCIALES EN EL SUELO RÚSTICO ESPAÑOL.—3. LA REGULA-

CIÓN SUSTANTIVA DEL USO DE VIVIENDA UNIFAMILIAR EN SUELO RÚSTICO EN ESPAÑA.—4. REGULACIONES JURÍDICO-URBANÍSTICAS DEL SUELO RÚSTICO Y SUS EFECTOS AMBIENTALES.—5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.—6. BIBLIOGRAFÍA.

«La prejudicialidad administrativa en los delitos contra la ordenación del territorio», por Juan Manuel FERNÁNDEZ APARICIO, pág. 129.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. COMPETENCIA Y PREJUDICIALIDAD.—3. LA PREJUDICIALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.—4. LA POSIBLE INTERFERENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS PENALES RELATIVAS A URBANISMO.

«Estado actual del conflicto surgido en relación a la aplicación de las normas de contratación pública para la adjudicación y ejecución de un PAI gestionado por particulares», por Ricard ESCRIVÀ CHORDÀ.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. POSICIÓN TOMADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO.—III. POSICIONES DISCREPANTES SEGUIDAS POR LAS TRES SECCIONES DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TSJ DE LA CV.—IV. ESTADO ACTUAL DEL CONFLICTO EN LAS INSTANCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA.—V. CONCLUSIONES.

«Omisiones de la Administración en sede de planificación de espacios y recursos naturales», por Blanca SORO MATEO, pág. 173.

**SUMARIO:** 1. PUNTO DE PARTIDA: LA OBLIGACIÓN DE PLANIFICAR LOS ESPACIOS NATURALES DERIVADA DE LA NORMATIVA SOBRE PATRIMONIO NATURAL. 2. LA NATURALEZA SINGULAR Y PREVALENTE DE LOS PORN: DEL CARÁCTER INDICATIVO AL CARÁCTER DETERMINANTE.—3. LA APROBACIÓN DEL PORN EN EL PLAZO DE UN AÑO DESDE LA DECLARACIÓN DE PARQUES Y RESERVAS POR LA VÍA EXCEPCIONAL. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS: 3.1. ¿BASTA CON LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DEL PORN? DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. 3.2. LA APRECIACIÓN DE LA «EXCEPCIONALIDAD» DE LA DECLARACIÓN DE PARQUES Y RESERVAS PREVIA A LA APROBACIÓN DE LOS PORN.—4. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA OMISIÓN DE LA TRAMITACIÓN DEL PORN EN EL PLAZO DEL AÑO EN LOS SUPUESTOS EXCEPCIONALES: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: 4.1. INDETERMINACIÓN DEL INSTRUMENTO FORMAL DE DECLARACIÓN DE ESPACIOS NATURALES. SOBRE SU CARÁCTER NORMATIVO O DE ACTO ADMINISTRATIVO. 4.2. LA INOPERANCIA DE LAS DECLARACIONES DE PARQUES Y RESERVAS EN LOS SUPUESTOS DE FALTA DE APROBACIÓN DEL PORN: DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA INSEPARABILIDAD ENTRE LA DECLARACIÓN Y LA PLANIFICACIÓN. 4.3. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE APROBACIÓN DEL PORN EN LOS SUPUESTOS EXCEPCIONALES.—5. NUESTRA VALORACIÓN: POSIBILIDADES DE PROTECCIÓN DERIVADAS DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY 42/2007, DE PATRIMONIO NATURAL Y BIODIVERSIDAD Y DEL DERECHO COMUNITARIO.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL  
Número 271 (Enero-Marzo 2009)

«Sobre la base de cálculo del dividendo de los accionistas previo a la retribución de los administradores consistente en participación en beneficios», por Manuel OLIVENCIA RUIZ y Luis SANCHO MENDIZÁBAL, pág. 7.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL TEXTO DEL ARTÍCULO 130 TRLSA Y LA CUESTIÓN INTERPRETATIVA.—III. LAS PAUTAS HERMENÉUTICAS: 1. LITERAL. 2. SISTEMÁTICA. 3. HISTÉRICO-LEGISLATIVA: A) *El Código de Comercio de 1885 y la doctrina de la época*. B) *Los modelos del Anteproyecto de Reforma de la Sociedad Anónima de 1947*. C) *Otros antecedentes*. 4. SOCIOLOGICA. 5. LÓGICA Y TELEOLÓGICA.—IV. LA INTERPRETACIÓN DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA.—V. CONCLUSIÓN.

«El derecho de reembolso y el gobierno de los Fondos de Inversión Inmobiliaria», por Manuel CASTILLA, pág. 35.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS «FONDOS DE INVERSIÓN» COMO MODALIDAD ORGANIZATIVA DE LA INVERSIÓN COLECTIVA INMOBILIARIA: 1. LA INVERSIÓN COLECTIVA INMOBILIARIA Y SU FISCALIDAD. 2. LAS IIC INMOBILIARIAS Y EL NEXO IMPERATIVO ENTRE BENEFICIOS FISCALES Y ESTRUCTURA JURÍDICA. 3. EL ESPACIO PARA LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DE FII Y SII EN LA LIIC. 4. LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LOS FII Y SU ORDENACIÓN SOBRE LA PLANTA DEL FONDO.—III. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA POSICIÓN GENERAL DE LOS INVERSORES EN FII Y LAS RELACIONES DE AGENCIA: 1. LA POSICIÓN PATRIMONIAL DE LOS PARTÍCIPES EN FONDOS DE INVERSIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO: 1.1. *Relaciones y costes de agencia en los Fondos de Inversión*. 1.2. *Mecanismos propios de reducción de los costes de agencia en los Fondos de Inversión: la misión formal del depositario*. 1.3. *El derecho de reembolso como garantía básica del inversor en fondos*. 2. LA CONFLICTIVIDAD ESPECÍFICA DE LAS INVERSIONES EN FII: INIDONEIDAD DE LAS SOLUCIONES GENERALES DE LA LIIC: 2.1. *Las relaciones de agencia en los fondos de activos inmobiliarios*. 2.2. *Las limitaciones del derecho de reembolso en los FII*. 2.3. *La necesidad de una tasación por tercero de los activos inmobiliarios*. 2.4. *La amplitud y las limitaciones de las decisiones de administración de los FII y su «subcontratación»*. 2.5. *La menor diversificación de riesgos*. 3. EN SÍNTESIS: SOBRE LA DEBILIDAD DE LA POSICIÓN INICIAL DE LOS INVERSORES EN FII.—IV. LAS ESTRATEGIAS REGULATIVAS ESPECÍFICAS PARA LOS FII: 1. SENTIDO Y FUENTES DE LAS REGLAS DE APLICACIÓN ESPECÍFICA A LOS FII. 2. LA PROTECCIÓN DEL VALOR DE LA INVERSIÓN COLECTIVA INMOBILIARIA EN LA LIIC: LAS LIMITACIONES DE LAS NORMAS SOBRE TASACIÓN DE LOS INMUEBLES DE LA LIIC: 2.1. *Las normas sobre tasación*. 2.2. *La independencia del tasador*. 2.3. *El método de tasación*. 2.4. *La periodicidad de la tasación «ordinaria»*. 2.5. *La tasación «extraordinaria»*. 3. LA ORDENACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS: 3.1. *Conflictos propios de los FII*. 3.2. *Límites al uso, adquisición y enajenación de sus inmuebles*. 3.3. *El problema de las oportunidades de negocio*. 4. LA DIVERSIFICACIÓN OBLIGATORIA DE LOS ACTIVOS AGRUPADOS EN FII. 5. LA LEVEDAD DE LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LOS FII.—V. CONCLUSIONES: LAS LIMITACIONES DE LOS FII Y LA CONS-

TRUCCIÓN DE UNA ALTERNATIVA PARA LA INVERSIÓN COLECTIVA INMOBILIARIA: 1. INFRADESARROLLO DE LOS FII, DEBILIDAD DE LA POSICIÓN LEGAL DE LOS PARTICIPES Y PERTENENCIA A UN GRUPO DE ENTIDADES FINANCIERAS; 2. LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN LA INVERSIÓN INDIRECTA INMOBILIARIA Y EL ESCASO DESARROLLO DE LAS SOCIEDADES DE INVERSIÓN INMOBILIARIA (SII): 2.1. *La Sociedad Anónima y las facultades de control de los inversores*. 2.2. *Las limitaciones de las Sociedades de Inversión Inmobiliaria (SII)*. 3. EL GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS DE INVERSIÓN EN EL MERCADO INMOBILIARIO (SOCIMI): 3.1. *La aprobación de las SOCIMI: función fiscal general y empleo de coyuntura*. 3.2. *Régimen fiscal de las SOCIMI y gobierno corporativo*. 3.3. *El gobierno corporativo de las SOCIMI y la expansión de las posibilidades de negocio inmobiliario*. 4. CONCLUSIONES FINALES: COMPETENCIA INTERNA ENTRE ESTRUCTURAS ALTERNATIVAS PARA LA INVERSIÓN COLECTIVA INMOBILIARIA.

«La asistencia en tierra en los aeropuertos (“handling”) y la responsabilidad del prestador del servicio», por Francisco Javier ARIAS VARONA, pág. 135.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ASISTENCIA EN TIERRA: OBJETO, CONTENIDO Y NATURALEZA JURÍDICA.—3. RESPONSABILIDAD DEL AGENTE PRESTADOR DE SERVICIOS EN TIERRA: 3.1. RESPONSABILIDAD FRENTE A QUIEN CONTRATÓ SUS SERVICIOS: 3.1.1. *Responsabilidad por daños o retraso*: 3.1.1.1. Exoneración de responsabilidad a favor del agente: A) Supuestos y requisitos. B) Validez de la cláusula de exoneración de responsabilidad. 3.1.1.2. Limitación de responsabilidad a favor del agente. 3.1.2. *Otras fuentes de responsabilidad*. 3.2. RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS: 3.2.1. *Responsabilidad frente a terceros que son contraparte del contrato de transporte*. 3.2.1.1. La responsabilidad como supuesto de responsabilidad extracontractual. 3.2.1.2. Aplicación del régimen legal del transporte aéreo a la responsabilidad del agente prestador de servicios de asistencia en tierra frente a los usuarios del transporte. 3.2.1.3. Extensión de los beneficios de responsabilidad al agente en el contrato de transporte aéreo. 3.2.1.4. Derecho de regreso frente a la compañía aérea. 3.2.2. *Responsabilidad frente a terceros que carecen de relación con el contrato de transporte para el que se prestan los servicios de asistencia en tierra*.

## REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN

### Número 18 (Mayo 2009)

«Viejos y nuevos problemas de la concesión minera», por Tomás QUINTANA LÓPEZ, pág. 13.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. RECURSOS DE LA SECCIÓN A). NATURALEZA Y TÍTULOS: 2.1. LOS RECURSOS DE LA SECCIÓN A). 2.2. NATURALEZA DE LOS YACIMIENTOS DE LA SECCIÓN A) Y DEL TÍTULO QUE CAPACITA PARA SU APROVECHAMIENTO.—3. LA CONCESIÓN DE RECURSOS DE LAS SECCIONES C) Y D): 3.1. LA CONCESIÓN MINERA COMO SUBESPECIE DE LA CONCESIÓN DEMANIAL. 3.2. ACCESO A LA CONDICIÓN DE CONCESIONARIO: 3.2.1. *La concesión derivada de*

permisos de exploración e investigación previos: 3.2.1.1. La exploración. 3.2.1.2. La investigación. 3.2.2. *La concesión directa*. 3.3. LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS DE LAS SECCIONES C) Y D): 3.3.1. *La concesión de minas como expresión de una potestad administrativa reglada*. 3.3.2. *El otorgamiento de la concesión no exige del sometimiento a otros controles administrativos*. 3.3.3. *Recursos susceptibles de explotación*. 3.3.4. *Compatibilidad de aprovechamientos*. 3.3.5. *Negocios jurídicos sobre derechos mineros*: 3.3.5.1. *Intervivos*. 3.3.5.2. *Mortis causa*. 3.3.6. *Extinción de la concesión*: 3.3.6.1. Normas aplicables. 3.3.6.2. Algunas cuestiones sobre la extinción de las concesiones de minas en general. 3.3.6.3. Supuestos de extinción de la concesión de minas. 3.3.6.4. Efectos de la extinción del título concesional.

«Incidencia de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (actual Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), en la legislación urbanística de Castilla y León», por Ana María COMPANY VÁZQUEZ, pág. 75.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL EN RELACIÓN AL RÉGIMEN DEL SUELO: 2.1. RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO: 2.1.1. *La concepción estatutaria del derecho de propiedad*. 2.1.2. *La patrimonialización de la edificabilidad*. 2.2. SITUACIONES BÁSICAS DEL SUELO Y CLASIFICACIÓN DEL SUELO. 2.3. PARTICIPACIÓN MUNICIPAL EN EL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO: 2.3.1. *Novedades de la regulación estatal*. 2.3.2. *Régimen en el suelo urbano consolidado*. 2.3.3. *Régimen en el suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable*. 2.3.4. *Monetización del aprovechamiento*.—3. INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL EN EL ÁMBITO DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO: 3.1. RESERVA DE SUELO CON DESTINO A LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS SUJETAS A ALGÚN RÉGIMEN DE PROTECCIÓN PÚBLICA: 3.1.1. *Consideraciones preliminares*. 3.1.2. *Su aplicación en los «periodos transitorios»*. 3.1.3. *Su reflejo en la nueva Ley de Medidas sobre Urbanismo y Suelo*. 3.2. DIVERSOS ASPECTOS DE CARÁCTER PROCEDIMENTAL Y DOCUMENTAL: 3.2.1. *La información pública*. 3.2.2. *La publicidad telemática*. 3.2.3. *El trámite ambiental*: 3.2.3.1. Evaluación ambiental y de impacto ambiental. 3.2.3.2. Informes sectoriales. 3.2.3.3. Mapa de riesgos naturales. 3.2.4. *Novedades de índole documental*.—4. INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL EN EL ÁMBITO DE LA GESTIÓN URBANÍSTICA: 4.1. PARTICIPACIÓN PREFERENTE DE LOS PROPIETARIOS EN ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN. 4.2. LA INFORMACIÓN PÚBLICA. 4.3. INFORME O MEMORIA DE SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA EN ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN.—5. INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL EN EL ÁMBITO DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL USO DEL SUELO: 5.1. ALGUNAS REGLAS GENERALES. 5.2. EL RÉGIMEN DE VENTA Y SUSTITUCIÓN FORZOSA.—6. INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL EN EL ÁMBITO DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL MERCADO DEL SUELO: 6.1. LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO.—7. INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL EN LA INFORMACIÓN URBANÍSTICA: 7.1. LA PUBLICIDAD DE LOS INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS. 7.2. EL INFORME DE SEGUIMIENTO.—REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

«El sistema de concurrencia en Castilla y León», por Juan José RASTRALLO SUÁREZ, pág. 131.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO: 2.1. EL PROYECTO DE ACTUACIÓN.—3. EL INTERÉS GENERAL EN LA LEY DEL SUELO. LA COBERTURA CONSTITUCIONAL.—4. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.—5. LA INICIATIVA PRIVADA EN LOS SISTEMAS DE GESTIÓN URBANÍSTICA.

«El orden social como jurisdicción especializada: reflexiones sobre sus bondades e insuficiencias», por Roberto FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, pág. 171.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. BREVE REPASO A ALGUNAS DE LAS INSUFICIENCIAS DEL PROCESO LABORAL NECESITADAS DE REFORMA.—3. LAS DIFUSAS FRONTERAS COMPETENCIALES DEL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCIÓN: 3.1. LOS CONFLICTIVOS LÍMITES ENTRE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y LA SOCIAL. 3.2. LOS INDETERMINADOS CONFINES DE LAS JURISDICCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y LABORAL. 3.3. ALTERNATIVAS A LAS CONTRARIEDADES EN PRESENCIA.—4. A MODO DE CONCLUSIONES. ANEXO BIBLIOGRÁFICO.

«Legitimación formal para el voto del socio en la Junta de Accionistas de la Sociedad Anónima. Régimen documental», por Mario SÁNCHEZ LINDE, pág. 219.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO DE ASISTENCIA Y VOTO EN LA JUNTA DE ACCIONISTAS Y SU LEGITIMACIÓN.—2. LA NECESARIA LEGITIMACIÓN FORMAL DEL SOCIO VOTANTE: 2.1. LA MESA DE LA JUNTA Y LA DOCUMENTACIÓN SOCIETARIA EN LA LEGITIMACIÓN FORMAL PARA LA EMISIÓN DEL VOTO.—3. RÉGIMEN CARTULAR: 3.1. ACCIONES NOMINATIVAS. 3.2. ACCIONES AL PORTADOR. 3.3. RESGUARDOS PROVISIONALES.—4. EXISTENCIA DE TARJETAS DE ASISTENCIA A LA JUNTA. EL DEPÓSITO PREVIO DE LOS TÍTULOS Y LA LEGITIMACIÓN FORMAL DEL ACCIONISTA.—5. LEGITIMACIÓN PARA LA EMISIÓN DEL VOTO EN JUNTA EN CASO DE ACCIONES REPRESENTADAS MEDIANTE ANOTACIONES EN CUENTA.—6. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

«El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el Derecho español», por M.<sup>a</sup> Lourdes LABACA ZABALA, pág. 261.

**SUMARIO:** CONSIDERACIONES PREVIAS: 1. EL MATRIMONIO POLÍGAMO ISLÁMICO: 1.1. NOCIONES: 1.1.1. *Justificación de la amplitud del estudio.* 1.1.2. *Bases del matrimonio en el Corán.* 1.1.3. *Problema social. La poligamia es un matrimonio sólo para ricos.* 1.2. CONCEPTO DEL MATRIMONIO ISLÁMICO. 1.3. ELEMENTOS ESENCIALES DEL MATRIMONIO ISLÁMICO: 1.3.1. *Capacidad para emitir el consentimiento.* 1.3.2. *Ausencia de impedimentos.* 1.3.3. *Función de la dote.* 1.3.4. *Importancia de la consumación.* 1.4. LA FORMA. 1.5. DIFICULTAD PARA ACEPTAR EL MATRIMONIO ISLÁMICO POR RAZÓN DEL CONSENTIMIENTO Y LA FORMA.—2. CARÁCTER CULTURAL O RELIGIOSO DE LA POLIGAMIA: 2.1. ¿EN QUÉ SENTIDO SE PUEDE AFIRMAR SU CARÁCTER RELIGIOSO? 2.2. ¿EN QUÉ SENTIDO TIENE CARÁCTER CULTURAL? 2.3. LIMITACIONES QUE SE IMPONEN EN OCCIDENTE.—3. PRO-

BLEMÁTICA DEL MATRIMONIO POLÍGAMO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: 3.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 3.2. PRINCIPIOS A TENER EN CUENTA. 3.3. CAUCES DE SOLUCIÓN. 3.4. EL LÍMITE DEL ORDEN PÚBLICO.— 4. JURISPRUDENCIA EUROPEA COMPARADA: 4.1. SOLUCIONES DADAS EN FRANCIA: 4.1.1. *Por razón de la prohibición de la bigamia*. 4.1.2. *En el caso del matrimonio celebrado en el extranjero*. 4.1.3. *Orden público y teoría de los efectos atenuados*. 4.1.4. *El matrimonio bigamo celebrado en fraude de ley*. 4.1.5. *Doctrina del Consejo de Estado*. 4.1.6. *Distintos reconocimientos del estatuto personal y pecuniario*. 4.2. PLANTEAMIENTO EN ITALIA: 4.2.1. *El principio del orden público*. 4.2.2. *La nueva Ley del divorcio*. 4.2.3. *La jurisprudencia*. 4.3. RECONOCIMIENTO EN INGLATERRA: 4.3.1. *El principio del reconocimiento de la Ley personal*. 4.3.2. *Prohibición de celebrar nuevo matrimonio en Inglaterra*. 4.3.3. *Efectos del reconocimiento*. 4.3.4. *Propuestas de la Law Commission*.—CONCLUSIONES.

## REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA Número 46 (Julio-Diciembre 2008)

«Derecho Civil de Galicia: presente y futuro», por Ángel Luis REBOLLEDO VARELA, pág. 11.

SUMARIO: I. GALICIA COMO COMUNIDAD AUTÓNOMA CON DERECHO CIVIL PROPIO: LA RELEVANCIA HISTÓRICA DEL DERECHO CIVIL GALLEGO.—II. EL EJERCICIO POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA DE SU COMPETENCIA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL: DE LA LEY 4/1995, DE 24 DE MAYO, A LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO.—III. LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA: 1. LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL DE GALICIA. 2. NORMAS SOBRE DERECHO DE LA PERSONA: 2.1. *La ausencia no declarada*. 2.2. *La autotutela*. 3. DERECHOS REALES: 3.1. *Montes vecinales en mano común*. 3.2. *La servidumbre de paso*. 3.3. *La serventía*. 3.4. *El retracto de graciosa*. 4. CONTRATOS: 4.1. *Los arrendamientos rústicos*. 4.2. *Las aparcerías*. 4.3. *Contrato de vitalicio*. 4.4. *La Compañía Familiar Gallega*. 5. DERECHO DE FAMILIA: 5.1. *Régimen económico-matrimonial*. 5.2. *Protección de menores y adopción*. 6. DERECHO DE SUCESIONES: 6.1. *Pactos sucesorios: apartación y pacto de mejora*. 6.2. *Usufructo voluntario del cónyuge viudo*. 6.3. *Sucesión testada: testamento mancomunado y por comisario*. 6.4. *El sistema legitimario*. 6.5. *Sucesión intestada*. 6.6. *Partición de la herencia*.

«El desarrollo del Derecho Civil valenciano: la Ley de régimen económico-matrimonial valenciano», por Francisco DE P. BLASCO GASCÓ, pág. 45.

SUMARIO: I. LA PÉRDIDA DE LOS FUEROS Y LA COMPETENCIA EN MATERIA CIVIL.—II. LA STC 121/1992, DE 28 DE SEPTIEMBRE.—III. LA LEY DE RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL VALENCIANO: 1. ESTRUCTURA. 2. CONTENIDO DE LA LEY. 3. ARMONÍA CONSTITUCIONAL, REALIDAD SOCIAL Y ARBITRISMO LEGISLATIVO.—IV. PRESUPUESTOS Y FINALIDADES DEL RÉ-

GIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO.—V. EL TRABAJO PARA LA CASA.—VI. EL SOSTENIMIENTO DE LAS CARGAS DEL MATRIMONIO Y DE LA FAMILIA: 1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES. 2. LA AFECCIÓN DE LOS BIENES.—VII. EL RÉGIMEN LEGAL SUBSIDIARIO DE PRIMER GRADO.—VIII. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EN LA LREMV.—IX. LIBERTAD E IGUALDAD EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO.—X. EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE GERMANIA.—XI. OTRAS CUESTIONES: 1. EL PACTO DE EXCLUSIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN. 2. LAS REMISIONES AL CÓDIGO CIVIL. 3. ALGUNAS CUESTIONES DE LA REGULACIÓN DE LA CARTA DE NUPCIAS.

«El Derecho Civil catalán: presente y futuro», por Antoni VAQUER ALOY, pág. 69.

**SUMARIO:** I. FASES Y TÉCNICAS EN EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA.—II. EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA: EL CÓDIGO ABIERTO.—III. REFLEXIÓN PREVIA: ¿ES INCONSTITUCIONAL, DE POR SÍ, UN CÓDIGO CIVIL DE DERECHO CIVIL AUTONÓMICO?—IV. EL DERECHO CIVIL CATALÁN PRESENTE: 1. EL OBSERVATORIO DE DERECHO PRIVADO DE CATALUÑA. 2. EL LIBRO I DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA: A) *Las «Disposiciones generales»*. B) *La nueva regulación de la prescripción y la caducidad*. 3. EL LIBRO III DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA. 4. EL LIBRO IV DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA. 5. EL LIBRO V DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA. 6. LA LEY DEL RECURSO GUBERNATIVO.—V. EL DERECHO CIVIL CATALÁN FUTURO: 1. EL DERECHO CIVIL CATALÁN INMINENTE: A) *El Libro II del Código Civil de Cataluña*. B) *La Ley del recurso de casación*. 2. EL DERECHO CIVIL CATALÁN HIPOTÉTICO.—VI. AMENAZAS SOBRE EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA: 1. LA AMENAZA DE DETERMINADAS INTERPRETACIONES JUDICIALES. 2. LA AMENAZA DE LA (DES)VERTEBRACIÓN. 3. LA AMENAZA DE LA INCOHERENCIA SISTEMÁTICA. 4. LA AMENAZA DE LA DISTRACCIÓN DOCTRINAL. 5. LA AMENAZA DEL DERECHO ARTESANAL.

«Derecho Civil de Aragón: presente y futuro», por José Antonio SERRANO GARCÍA, pág. 109.

**SUMARIO:** I. EL MOMENTO PRESENTE.—II. EL DERECHO ARAGONÉS EN 1978. INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN.—III. LA «COMISIÓN DE JURISTAS DE ARAGÓN» NOMBRADA POR EL ENTE PREAUTONÓMICO Y SU PROPUESTA DE REFORMA DE LA COMPILACIÓN.—IV. ASUNCIÓN DE LA COMPETENCIA LEGISLATIVA PARA LA CONSERVACIÓN, MODIFICACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS: EL DERECHO CIVIL FORAL COMO DERECHO AUTONÓMICO.—V. LA ADAPTACIÓN A LA CONSTITUCIÓN. LA LEY 3/1985, DE 21 DE MAYO, SOBRE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN: 1. LA «COMISIÓN ASESORA SOBRE DERECHO CIVIL» Y SU ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA COMPILACIÓN. 2. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA REFORMA DE 1985. 3. LA LEY APROBADA.—VI. DOS REFORMAS DE DETALLE: 1. LA LEY 3/1988, DE 25 DE ABRIL, SOBRE LA EQUIPARACIÓN DE LOS HIJOS ADOPTIVOS. 2. CONSTITUCIONALIDAD DE DICHA LEY. 3. LA LEY 4/1995, DE 29 DE MARZO, SOBRE MODIFICACIÓN DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN Y DE LA LEY DE PATRIMONIO DE LA COMUNIDAD AU-

TÓNOMA DE ARAGÓN EN MATERIA DE SUCESIÓN INTESADA: A) *La Comisión Aragonesa de Derecho Civil de 1994*. B) *Tramitación parlamentaria de la Ley 4/1995*. C) *La Ley aprobada*.—VII. LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL DE 1996 Y LA FORMULACIÓN DE LA POLÍTICA LEGISLATIVA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS: 1. LA ACTITUD ARAGONESA HASTA 1996. 2. MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA «COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL» Y NUEVA COMPOSICIÓN. 3. PONENCIA GENERAL SOBRE «OBJETIVOS Y MÉTODO PARA UNA POLÍTICA LEGISLATIVA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL DE ARAGÓN» (OCTUBRE DE 1996).—VIII. LA LEY 1/1999, DE 24 DE FEBRERO, DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE: 1. PREPARACIÓN POR LA «COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL». 2. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA. 3. LA LEY APROBADA. 4. LA REFORMA DEL TÍTULO PRELIMINAR DE LA COMPILACIÓN.—IX. LA LEY 2/2003, DE 12 DE FEBRERO, DE RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL Y VIUDEDAD: 1. PREPARACIÓN POR LA «COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL». 2. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA. 3. LA LEY APROBADA.—X. LA LEY 13/2006, DE 27 DE DICIEMBRE, DE DERECHO DE LA PERSONA: 1. PREPARACIÓN POR LA «COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL». 2. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA. 3. LA LEY APROBADA.—XI. LA TAREA POR REALIZAR.

## REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID Número 27 (Julio-Diciembre 2008)

«Inadmisibilidad del recurso de casación contencioso-administrativo», por Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO y doña Carmen FERNÁNDEZ-MONTALVO GARCÍA, pág. 11.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO: 2.1. SUCINTA REFERENCIA A LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN «ORDINARIO»: 2.1.1. *Preparación*. 2.1.2. *Interposición*. 2.1.3. *Admisión*. 2.1.4. *Sustanciación*. 2.1.5. *Sentencia*.—3. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL TRÁMITE DE ADMISIÓN/INADMISIÓN.—4. «ÓRGANO» COMPETENTE PARA APRECIAR LA ADMISIÓN O INADMISIÓN DEL RECURSO.—5. MOTIVOS DE INADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN «ORDINARIO»: 5.1. LA INADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. 5.2. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE INADMISIÓN: 5.2.1. *Incumplimiento de los requisitos exigidos para la preparación del recurso*. 5.2.2. *Defectos relacionados con el escrito de interposición*. 5.2.3. *Resoluciones no susceptibles de impugnación mediante recurso de casación*.—6. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.—7. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY.

«Las Cartas de Derechos en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas», por Augusto GONZÁLEZ ALONSO, pág. 47.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. MODALIDADES DE DERECHOS CONSTITUCIONALES: 2.1. LOS DERECHOS HUMANOS. 2.2. LOS DERECHOS FUNDAMEN-

TALES.—3. CONSTITUCIONALISMO «MULTINIVEL»: LAS CARTAS DE DERECHOS EN LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.—4. CONFLICTOS DE DERECHOS MULTIVINEL.—5. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS POSITIVIZADOS.—6. LAS CARTAS ESTATUTARIAS DE DERECHOS FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE SOLIDARIDAD E IGUALDAD.—7. LAS CARTAS ESTATUTARIAS DE DERECHOS FRENTE AL PRINCIPIO DE IGUALDAD.—8. CONTENIDO DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.—9. EL ESTADO COOPERATIVO.

«Aspectos jurídicos, financieros y fiscales de los fondos de pensiones: su análisis en la imposición indirecta», por Juan Carlos VÉRGEZ, pág. 73.

SUMARIO: 1. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS FONDOS DE PENSIONES.—2. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN FINANCIERO DE LOS FONDOS DE PENSIONES.—3. LA TRIBUTACIÓN DE LOS FONDOS DE PENSIONES EN EL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS: 3.1. ¿QUEDAN SUJETOS LOS FONDOS DE PENSIONES A LA MODALIDAD DE OPERACIONES SOCIETARIAS DEL IMPUESTO?: 3.1.1. *Consideraciones generales*. 3.1.2. *Análisis de cada una de las operaciones declaradas exentas*. 3.2. LA TRIBUTACIÓN DE LOS FONDOS DE PENSIONES EN EL IMPUESTO SOBRE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. 3.3. LA TRIBUTACIÓN DE LOS FONDOS DE PENSIONES EN EL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES ONEROSAS.—4. LA TRIBUTACIÓN DE LOS FONDOS DE PENSIONES EN EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO.

## REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Vol. 48. Número 1 (2008)

«El Derecho de Familia, la desprivatización del Derecho Civil y las nuevas formas de afectividad», por Ramón Antonio GUZMÁN, pág. 1.

«A “Stag-hunt” Model of the U.S. Constitution», por F. E. GUERRA-PUJOL, pág. 15.

«¿Es inconstitucional la Ley de Expropiación a la inversa?», por Pilar MUÑOZ NAZARIO, pág. 23.

«Reserva de ingresos: ¿Bienestar o perjuicio del menor?», por Tasha CRUZ RODRÍGUEZ, pág. 35.

«La crisis en el Derecho de José Trías Monge: Treinta años después», por Zulmarie ALVERIO RAMOS, pág. 49.

«Alteración de expedientes médicos. Alternativas del Derecho Comparado», por Raúl ROJAS DE MOYA y Aura A. MONTES RODRÍGUEZ, pág. 69.

«Patentes de secuencias de ADN: ¿Qué realmente estamos patentando?», por Mairís A. CASSAGNOL CORNIER, pág. 91.

«Managing Docket Pressure», por Natallie J. SANTANA SUÁREZ, pág. 113.

«La figura del cooperador a la luz del Principio de Legalidad», por Yanira GARCÍA TOLEDO, pág. 139.

**REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS  
DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
Número 118 (Enero-Abril 2009)**

«Apreciaciones jurídicas sobre el referendo del 7 de octubre de 2007 (Costa Rica)», por Bernal ARIAS RAMÍREZ, pág. 13.

«Inseguridad jurídica registral», por Jorge JIMÉNEZ BOLAÑOS, pág. 45.

«Libro electrónico», por Pedro Bernal CHAVES CORRALES, pág. 83.

«Reflexiones sobre el buen gobierno», por Jorge Enrique ROMERO PÉREZ, pág. 101.

«Efectos de la cláusula compromisoria en los arbitrajes internacionales: caso del CIADI», por Jorge MURILLO GONZÁLEZ, pág. 121.



## A) NORMAS A TENER EN CUENTA COMO *MODELO ÚNICO* EN LOS ESTUDIOS Y DICTÁMENES A PUBLICAR

Hemos considerado pertinente la disposición de unas normas generales que deberán ser seguidas por los colaboradores para la publicación de sus trabajos de forma uniforme.

- Los trabajos tendrán una **EXTENSIÓN MÁXIMA** de 25 a 40 folios, para ser considerados **ESTUDIOS**; de 10 a 25 folios, para **DICTÁMENES**, y de 2 a 4 folios para **RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS**. En **ESTUDIOS** y **DICTÁMENES** habrá que incluir, al final del artículo, un breve **RESUMEN** de no más de medio folio (en cursiva) del problema que se ha abordado y dos voces o palabras clave, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC). El resumen nos lo pueden mandar en castellano e inglés o sólo en castellano y nosotros lo traducimos.
- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman. Tamaño: 12 p. Interlineado: sencillo (sin negritas ni subrayados).
- Todos deberán contener un **SUMARIO** al inicio, que seguirá las siguientes pautas:
  - I.
  - II. 1.
  - III. 1. A.
  - IV. 1. A. a)
  - V. 1. A. a) a')
- El mismo finalizará con unas breves **CONCLUSIONES**, las cuales deberán ir precedidas por un número romano:
  - I. ...
  - II. ...
  - III. ...
- Índice de las sentencias del Tribunal Supremo (citadas en el trabajo o no, siempre en conexión con el tema), que deberán citarse siempre con el número del Repertorio de Aranzadi. El esquema es el siguiente:  
Por ejemplo, STS de 22 de octubre de 2002 (RA n.º 2987).
- Para las citas a pie de página, y para la enumeración de la **BIBLIOGRAFÍA** específica sobre el tema tratado, al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas:

Si se tratara de un *libro*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*. Editorial Civitas, Madrid, 1996.

O, si se aborda un *punto concreto* del libro:

APELLIDO, Nombre: Droit Civil. La famille, 7.<sup>a</sup> ed., Litec, París, 1995, págs. 555 y sigs.

Si se tratara de un *artículo*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Los alimentos debidos a la viuda encinta», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2 de 1969, págs. 373 y sigs.

## B) NORMAS Y ESTRUCTURA DE LOS COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS Y A LAS RESOLUCIONES

- Normas generales:

Fuente: Times New Roman.

Estilo de fuente: Normal (sin negrita, ni subrayados).

Tamaño: 12 p.

Interlineado: sencillo.

Extensión: mínima de tres folios por materia.

En cada número de la Revista, cada Sección debe contar con dos grupos de materias o temas tratados.

Resumen: en cursiva.

- Todos deberán contener un **SUMARIO** al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

I.

II. 1.

III. 1. A.

IV. 1. A. a)

V. 1. A. a) a')

- **IMPORTANTE**

El comentario debe ser único. Se pretende que los comentarios de jurisprudencia sean, realmente, breves artículos que recojan un problema concreto y su desarrollo jurisprudencial, por ello hemos decidido cambiar radicalmente el formato de los «antiguos comentarios». Este cambio repercutirá favorablemente también a los autores de los mismos, ya que podrán acreditarlos como artículos de investigación.

Las modificaciones más relevantes son, en cuanto a los criterios de redacción y publicación:

- a) No hay que comentar una sentencia determinada, sino un problema jurisprudencial, aunque se parta de una determinada sentencia.
- b) El título, entonces, debe ser el de un artículo. No telegráfico, como hasta ahora, que recogía simplemente la materia y problema sobre el que versaba la sentencia comentada.  
Por ejemplo: «Modificación del título constitutivo de una propiedad horizontal cuando fue otorgado por el constructor-promotor propietario único».

Y NO:

Propiedad horizontal. Título Constitutivo. Modificación por promotor-constructor. El título debe ir escrito en minúscula.

- c) Sí se incluirá en el borrador (aunque no se publicará así), el antiguo encabezado correspondiente a:

DERECHO CIVIL.  
DERECHOS REALES.  
DOS VOCES O PALABRAS CLAVE.

Pero, únicamente, se hará para facilitar la clasificación en la base de datos de la Revista.

- d) Se eliminan: *Fecha de sentencia, Ponente, Sala, Antecedentes, Doctrina y Comentario.*
- e) Habrá que incluir, después del comentario, un breve RESUMEN del artículo (*en cursiva*) del problema que se ha abordado, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC), de una extensión aproximada de cuatro líneas.
- f) El desarrollo del «comentario» será similar al de un artículo, un todo homogéneo dividido en sus correspondientes epígrafes, siguiendo las normas de publicación adjuntas (Anexo I), y sin distinción de los apartados señalados en el punto d).
- g) En el Anexo I encontrarán un *modelo* de cómo deben quedar los nuevos análisis de jurisprudencia.

## ANEXO I

DERECHO CIVIL.  
DERECHOS REALES.  
*NUMERUS APERTUS*. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

«Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales, y su estrecha relación con el principio de especialidad».

### I. INTRODUCCIÓN

.....  
.....

II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES

1. Los derechos reales son *numerus clausus*

.....  
.....

2. Los derechos reales son *numerus apertus*

.....  
.....

III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

.....  
.....

IV. CONCLUSIONES

.....  
.....

*RESUMEN*

*Se pretende repasar la evolución doctrinal y jurisprudencial de la vieja polémica en torno a un *numerus clausus* o *apertus* de los derechos reales. Dicha controversia, hoy, se ha superado en sentido de admitir sin problemas el *numerus apertus* de dichos derechos, si bien, con ciertos límites o limitaciones en su admisión. Hay que analizar los requisitos y límites establecidos por la jurisprudencia a dicha categoría, así como las consecuencias que la inscripción de las «nuevas figuras» puede tener.*