

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXII • Septiembre-October 2006 • Núm. 697

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 Gáligo
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

Don Manuel Amorós Guardiola
Académico de Número de la Real
Academia de Jurisprudencia y Legislación

Consejero-Secretario de la Revista

Don Francisco Javier Gómez Gáligo
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 Goytisolo
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 Manuel Amorós Guardiola
Académico de Número de la Real
Academia de Jurisprudencia y
Legislación

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

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

- «La prohibición de la sucesión contractual desde la perspectiva normativa del Código Civil», por JOSÉ CERDÁ GIMENO 1733
- «Evolución histórica y régimen jurídico vigente del personal facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO y CARMELO MADRIGAL GARCÍA 1813
- «La publicidad registral a la luz de la normativa sobre protección de datos. En especial, las cuestiones jurídicas que plantea el acceso telemático al contenido de libros del Registro», por EMILIO GUICHOT REINA 1867
- «Confusión de patrimonios y publicidad registral: el caso del *trust*», por CELESTINO PARDO NUÑEZ 1909

DICTÁMENES Y NOTAS

- «Inscripción de los bienes de dominio público», por PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS 1975

DERECHO COMPARADO

- «Algunos problemas del régimen jurídico de los actos inscribibles relativos a ciudadanos británicos», por SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO 1999

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

- Resoluciones publicadas en el *BOE*, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 2029

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- Domicilio civil, domicilio constitucional y medio ambiente, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 2061

1.2. Derecho de familia:

- Deberes matrimoniales: modificaciones, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 2066

1.3. Derechos reales:

- La interpretación jurisprudencial de la Ley 2/1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA ... 2070

1.4. Sucesiones:

- Seguro de vida: sustitución por el tomador de la beneficiaria en testamento ológrafo sin comunicación a la aseguradora. Enriquecimiento sin causa de la beneficiaria de la póliza por cobro del capital, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL 2076

1.5. Obligaciones y contratos:

- La transacción da certidumbre a una relación incierta. No exige forma especial: puede ser verbal y no presupone equivalencia de prestaciones, por ISABEL MORATILLA GALÁN 2078
- El arrendamiento como acto de administración otorgado por mayoría de los copropietarios: reflexiones acerca de la RDGRN de 22 de abril de 2006, por ROSANA PÉREZ GURREA 2095

1.6. Responsabilidad civil:

- Indemnización por daño moral a una madre a la que se le priva de la posibilidad de recuperar la tutela efectiva de sus hijos, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ ... 2103

3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— Los conjuntos inmobiliarios y la licencia de parcelación, por EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN	2116

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información legislativa y de actividades	2131
--	------

REVISTA DE REVISTAS	2163
----------------------------------	-------------

ESTUDIOS

La prohibición de la sucesión contractual desde la perspectiva normativa del Código Civil

por
JOSÉ CERDÁ GIMENO
Notario
Doctor en Derecho

SUMARIO

- I. UNAS CONSIDERACIONES PREVIAS:
 1. EN GENERAL.
 2. EN ESPECIAL.
- II. EN TORNO A LAS «PROPOSICIONES JURÍDICAS»:
 1. «PROPOSICIÓN JURÍDICA» Y TÓPICA.
 2. ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN ESTE PUNTO (DE «LA PROHIBICIÓN DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL»).
- III. DE LA UBICACIÓN EN NUESTRO SISTEMA NORMATIVO DE LA PRECITADA «PROPOSICIÓN JURÍDICA» (LA «PROHIBICIÓN DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL»):
 1. PLANTEAMIENTO GENERAL:
 - 1) *De la ubicación de tal «proposición jurídica» precitada en nuestro sistema normativo.*
 - 2) *Del análisis semántico de dicha «proposición jurídica».*
 - 3) *De la concreción de tal «proposición jurídica» en una norma específica del Código Civil.*
 2. DE LA NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL ANALIZADA EN ESTA INVESTIGACIÓN.
 3. DE LA NECESIDAD DE INTERPRETACIÓN DE LAS «PROPOSICIONES JURÍDICAS NORMATIVAS».
- IV. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS «PROPOSICIONES JURÍDICAS NORMATIVAS», EN GENERAL:
 1. POSICIONES DOCTRINALES.
 2. LOS CÁNONES DE INTERPRETACIÓN.

V. DE LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL (ARTS. 1271-2.º, 816 Y 658) PROHIBITIVA DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL, EN ESPECIAL:

1. LOS DIFERENTES CÁNONES INTERPRETATIVOS DE APLICACIÓN AL TEMA OBJETO DE INVESTIGACIÓN.
2. EL CANON SEMÁNTICO (FILOLÓGICO, GRAMATICAL):
— *Posiciones doctrinales.*
3. EL ARTICULADO SELECCIONADO DEL CÓDIGO CIVIL:
 - 1) *Del conjunto de artículos diversos concretos del Código Civil (737, 991, 1.056, 1674-2.º, 658, 816, 1271-2.º) al que nuestros autores se refieren.*
 - 2) *Del articulado concreto del Código Civil al que esta investigación se contrae.*
 - 3) *De la problemática generada por los concretos artículos aquí investigados:*
 - a) Caracteres de las normas examinadas.
 - b) Análisis semántico de la proposición jurídica normativa específica («Si S → C», o también «p → q»).
 - c) Análisis del contenido de la normativa referida.

VI. UNA RECAPITULACIÓN GENERAL.

VII. UNAS REFLEXIONES FINALES.

I. UNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

1. EN GENERAL

Un artículo como el presente trae causa de una investigación exhaustiva del autor que motivó la pertinente Tesis Doctoral y que básicamente está referida al intento de encontrar *el porqué y la finalidad* de la «prohibición de la sucesión contractual» en nuestro Derecho (en concreto, *en el Código Civil*). Investigación cerrada *en el año 2002*, respecto de la legislación y jurisprudencia hasta entonces sobre el tema analizado. Investigación y Tesis que en su día serán objeto de la publicación íntegra del tema analizado.

En la referida investigación el autor ha prescindido de la denominada *ambigüedad terminológica* que encierran las expresiones «sucesión contractual» y «pactos sucesorios» y ha elegido la opción de entender una y otra como sinónimas.

Reflejando las diferentes *perspectivas o aspectos* desde los que el tema objeto de la investigación podría ser analizado, el autor procedió en la citada investigación a la concreta delimitación de los diferentes *perfiles* del tema analizado: el sociológico, el jurisprudencial, el normativo, el histórico, el

sistemático-teleológico, el argumentativo (valorativo) y el funcional (praxis social). De todos ellos se ocupará la pertinente publicación de la obra (o de alguna de sus *partes*, si se considerare oportuno).

En el presente lugar parece procedente efectuar un desenvolvimiento *parcial* de la dimensión o perfil *normativo*.

Se va a tratar seguidamente, por consiguiente, del empleo —*también parcial*— de alguno de los medios o cánones de interpretación, con exclusión de algunos otros medios o cánones también de posible aplicación a la normativa del Código Civil específica aquí analizada.

Intencionadamente se procede aquí a una delimitación del *aspecto semántico* (i.e., filológico, gramatical) de la normativa referida analizada. Para llegar a obtener unos resultados adecuados, se toma como punto de partida la noción de «proposición jurídica»; se sigue con la presumible ubicación de la «proposición jurídica» objeto de la investigación (i.e., «la prohibición de la sucesión contractual en el Código Civil») dentro de nuestro sistema normativo privatista; se continúa con una referencia sumaria a la interpretación de las «proposiciones jurídicas normativas», en general; se desenvuelve la interpretación de la normativa concreta del Código Civil, en especial; y, finalmente, se hace un uso extensivo del *canon filológico o semántico* a los efectos de la determinación de los caracteres de las normas analizadas, del análisis semántico de las específicas proposiciones jurídicas *normativas* y del análisis del contenido de la normativa referida.

Todo lo cual es seguido de un intento de recapitulación general y de unas posibles reflexiones finales.

2. EN ESPECIAL

Una vez presentadas anteriormente las consideraciones *genéricas* pertinentes, parece aquí procedente la alusión a lo que cabe entender como «proposiciones». Así se efectúa seguidamente.

Una aproximación a los problemas prácticos de la Ciencia del Derecho puede hacerse —ha escrito L. Díez-PICAZO— desde ángulos o desde puntos de vista de signo muy diverso. En el sentido precitado, desenvuelve estas ideas como sigue:

«Fundamentalmente hemos reseñado dos (camino)s: el Derecho como un determinado procedimiento de solución de los conflictos de intereses y el Derecho como un sistema o un conjunto de normas o de reglas... Es evidente que una de nuestras experiencias jurídicas primarias consiste en contemplar el mundo de los fenómenos jurídicos como un complejo de “directivas” o de “reglas”, por llamarlo de algún modo, que no prejuzgue todavía su más íntimo y radical sentido. ¿Cómo son estas “directivas” o estas “reglas”? Se advierte enseguida que se trata de proposiciones dirigidas de algún modo al compor-

tamiento humano. Su alcance, su naturaleza y su origen poseen una cierta heterogeneidad»... (1).

Enumera L. DíEZ-PICAZO el complejo material de estas *proposiciones* (reglas o directivas) e investiga si algunas *características* de ellas pueden ser generalizadas. Dice así:

«En primer lugar, la primera característica que es posible asignar a todo el grupo de proposiciones descrito, consiste en señalar que su implantación y su mantenimiento procede —directa o indirectamente— del Estado o de sus órganos, es decir, de personas que ostentan el poder político. En segundo lugar, todas estas reglas a que nos hemos referido aparecen reducidas a textos. Se encuentran rigurosamente textualizadas. En tercer lugar, en la mayor parte de ellas, las afirmaciones se llevan a cabo mediante la utilización de un lenguaje que presenta una cierta complicación, porque es en alguna medida críptico y hermético, difícilmente comprensible para los legos o los no iniciados en él» (2).

Refiere también L. DíEZ-PICAZO el frecuente empleo por parte de los juristas de *otro tipo de proposiciones* (distintas a las *implantadas* o mantenidas por la autoridad del Estado), que vienen a ser —dice— «como máximas o aforismos constantemente introducidos en los escritos o alegatos forenses, en las sentencias judiciales o en los libros de Derecho—... *No existe una terminología definida* para referirse a este tipo de proposiciones. Se diferencian de las anteriores en que no están implantadas o mantenidas por la autoridad del Estado. No han sido «promulgadas» y no tienen por ello una vigencia formal, pero tienen sin duda una vigencia real. *Su valor* es el que les otorga su propia autoridad como tradiciones jurídicas o como postulados lógicos cuya corrección no se discute... Con una expresión gráfica, podríamos decir que son aforismos o refranes jurídicos. Como todos los refranes, son fórmulas concisas que compendian antiguas experiencias... En ocasiones, *su valor* es puramente doctrinal. Se limitan a explicar o resumir una teoría formulada para tratar de resolver un problema de inteligencia o de comprensión de una institución o de una norma. *Su valor es en gran medida dialéctico* y procede de la adhesión o aceptación que conciten» (3).

(1) Vid. L. DíEZ-PICAZO, «Experiencias jurídicas y teoría del derecho», Ed. Ariel, 3.^a ed., 1993, Barcelona, Capítulo I (págs. 5 y sigs.), y Capítulo II —«Proposiciones jurídicas y reglas de Derecho»— (págs. 23 y sigs.).

Es obvio que de la vía o camino relativo al procedimiento de solución de los conflictos de intereses me he ocupado en otros apartados de esta investigación.

(2) Vid. L. DíEZ-PICAZO, «Experiencias...», *op. cit.*, págs. 26 y sigs.

Significativamente, al aludir en este último punto al artículo 755 del Código Civil, señala cómo «*la inteligencia del texto* implica un previo conocimiento de las ideas de nulidad, de testamento, de incapacidad, de contrato oneroso y de persona interpuesta» (subrayado mío: J. C. G.).

(3) Vid. L. DíEZ-PICAZO, «Experiencias...», *op. cit.*, págs. 27-30.

Es precisamente dentro de este amplio grupo de *proposiciones* que condensan antiguas experiencias donde hay que ubicar la proposición inicial objeto de esta investigación (o de «*la prohibición de sucesión contractual en el Código Civil*»), implícita en *la regla viventis non datur hereditas*, sobre la cual volveremos más adelante.

II. EN TORNO A LAS «PROPOSICIONES JURÍDICAS»

1. «PROPOSICIÓN JURÍDICA» Y TÓPICA

Un punto de partida utilizado en nuestra investigación ha sido el relativo a la «proposición jurídica», largos años empleada en nuestro país y expresiva de «*la prohibición de sucesión contractual en el Código Civil*».

El punto referido parece, por una parte, ciertamente pacífico e incontrovertido, de manera que podría hacer innecesarias ulteriores consideraciones. Ello no obstante, parece, por otra parte, que una cierta actitud de insatisfacción comienza a detectarse entre nosotros y que una actividad teórica dirigida a profundizar en el núcleo de esta *tan común «proposición»* —un «*topos*» *verdadero y clásico* a englobar dentro de los usuales «*topoi*»— pudiera resultar de cierto interés y utilidad.

Respecto de este «lugar común» entre nosotros, *su fundamentación* dentro del conjunto de *nuestro ordenamiento jurídico total vigente* y la *determinación* de su ubicación *dentro del sistema jurídico global* parecen confirmar una vez más la exactitud de las aseveraciones de Theodor VIEHWEG en esta materia, que aquí, en extracto, me permito reproducir como sigue:

- «*Dogmática y cetética*

El *pensamiento dogmático* puede ser llamado adecuadamente *pensamiento de opinión* porque está caracterizado por el hecho de que se atiene a una opinión establecida (dogma o dogmas); por una parte, la pone *fuera de toda duda* y, por otra, la desarrolla de múltiples maneras. En el campo del Derecho, ello se realiza con el objeto de provocar, en un grupo social más o menos amplio, un comportamiento jurídico lo más libre posible de perturbaciones y de eliminar, de una manera adecuada, las perturbaciones de este comportamiento. Por lo tanto, el pensamiento jurídico-dogmático tiene primariamente una *función social* que habrá que precisar y que es necesario no perder de vista cuando

En orden a la relación estrecha entre estas *reglas o máximas de experiencias* («*rules*», «*guides*», etc.) y los principios del Derecho, remite a la obra fundamental de Josef ESSER, *Grundsatz und Norm in der ritterlichen Forbildung des Privatrechts*, Tubinga, 1956, traducción del alemán por Eduardo VALENTI FIOL (titulada *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*), Impr. Clarasó (Barcelona), Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1961.

se trata de emitir un juicio sobre aquél. Pues esta función estructura este pensamiento y lo determina en su desarrollo. Exige, además, por una parte, un núcleo conceptual estable, indiscutible (dogma o dogmas fundamentales) y, por otra, una suficiente flexibilidad de pensamiento (interpretabilidad, declinabilidad y discutibilidad) del núcleo conceptual a fin de poder mantenerlo en las distintas y cambiantes situaciones. Nótese que el esquema conceptual y lingüístico que aquí interesa adquiere, por el mero hecho de su fijación, una función social múltiple. Transmite a los demás una convicción, influye sobre los demás y, finalmente, como aquí, se convierte en prescripción de conducta, pues este tipo del pensar y del hablar trata siempre de que lo pensado y lo expresado lleguen a tener una función operativa.

Por el contrario, el *pensamiento cetético* tiene, primariamente, una *función cognoscitiva*. Ella estructura y determina este pensamiento. No permite que ideas fundamentales presueltas queden dogmáticamente fuera de cuestión, sino que, más bien, para poder avanzar en la investigación, a veces tiene que ponerlas en tela de juicio. El pensamiento investigador es *tentativo*. Propone sus premisas tentativamente, las modifica y, si ello es necesario, las deja de lado. Cuando se siente ligado con su modelo se le reprocha, con razón, un dogmatismo inadmisibles» (4).

- Investigación de los fundamentos de la Ciencia del Derecho

«...Para nuestro objeto basta constatar que la tópica se infiltra en el sistema jurídico a través de la mencionada interpretación, que exige el estado efectivo del derecho. El pensamiento interpretativo tiene que moverse dentro del estilo de la tópica» (5).

- Tópica como técnica del «pensamiento de problemas»

«La raíz de todo está simplemente en que el problema toma y conserva la primacía. Si la jurisprudencia concibe su tarea como una búsqueda de lo justo dentro de una inabarcable plétora de situaciones, tiene que conservar una amplia posibilidad de tomar de nuevo posición respecto de la aporía fundamental, esto es, de ser “móvil”. La primacía del problema influye sobre la técnica para adoptar. Una trama de conceptos y de proposiciones que impida la postura aporética no es utilizable. Esto ha de valer especialmente para un sistema deductivo. A causa de lo inabarcable de su problemática, una jurisprudencia así concebida tiene un interés mucho mayor en una variedad asistemática de puntos de vista. No es enteramente exacto calificarlos como principios o reglas funda-

(4) Vid. Theodor VIEHWEG, en el artículo «Ideología y dogmática jurídica», traducción de Ernesto GARZÓN VALDÉS, en la revista *Notas de Filosofía del Derecho*, núm. V, Buenos Aires, 1969: ahora, también en castellano en el volumen «Tópica y Filosofía del Derecho», en la colección «Estudios Alemanes», Editorial Gedisa, S. A., Barcelona, 1991, págs. 99-113, en especial págs. 101-102 y 103-104.

(5) Vid. su fundamental obra «Tópica y Jurisprudencia», traducción de Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y prólogo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, en la colección *Ensayistas de hoy*, editorial Taurus Ediciones, S. A., Madrid, 1964, Capítulo VII («La tópica y la axiomática»), epígrafe III, págs. 117-118.

mentales. Se les tendría que llamar más exactamente “reglas directivas” o tópicos, según el criterio de nuestra investigación, puesto que no pertenecen al espíritu deductivo sistemático, sino al tópico. La terminología de tipo científico señala una dirección falsa, cosa que no es rara en nuestro campo.

...se podría decir que éste ha de consistir en la diferenciación de un catálogo de tópicos jurídicos, lo que significaría un desarrollo de la jurisprudencia conforme a la configuración que desde su cuna ha poseído» (6).

- «Topoi»

«...por tópica ha de entenderse aquí, como el autor precisa, la “techné del pensamiento de problemas”, de un pensamiento que opera por ajustes concretos para resolver problemas singulares partiendo de directrices o de guías que no son principios lógicos desde los que poder deducir con resolución, sino simplemente loci communes de valor relativo y circunscrito revelados por la experiencia.

...

...los “topoi” en que se concentra la experiencia jurídica han de ser normalmente los puntos de condensación del mundo de valores superiores que en el Derecho viven, los “lugares” donde únicamente pueden descubrirse su virtualidad y su exigencia operativa. Ello lleva a concretar el Derecho Natural no, repetimos, en un orden abstracto, lejano, evanescente, de preceptos o de directivas, sino en unos “principios generales del Derecho” perfectamente singulares y específicos, operantes en ámbitos problemáticos concretos, así como también positivados, a través de unas u otras formas...» (7).

- Sistema tópico

«Deseo concluir estas breves consideraciones con unas pocas observaciones acerca del sistema tópico. Este sistema es tomado de la retórica. Permanece estructuralmente conectado con la retórica y es restringido a un sistema argumental. Está orientado a los problemas; es decir, es un todo organizado de acuerdo con los problemas. Para solucionar ciertos problemas, tanto en el campo de la investigación como en el de la dogmática, ofrece una combinación de puntos de vista (*topoi*) que son discutidos. La agrupación de *topoi* que corresponden a problemas puede ser entendida como un sistema básico en el campo del derecho, en el sentido de que los otros sistemas pueden ser desarrollados a partir de él. El sistema tópico está en permanente movimiento. Sus formulaciones respectivas indican meramente los estadios progresivos de la argumentación al tratar problemas particulares. El sistema puede razonablemente ser llamado un sistema abierto ya que su discusión, es decir, su enfoque de un problema particular, está abierta a nuevos puntos de vista. Con respecto a su contenido, renuncia a la noción de un argumento final o definitivo pero recomienda un método de argumentación que no procede deductivamente

(6) Vid. «Tópica y Jurisprudencia», *op. cit.*, Capítulo VIII («La tópica y la doctrina civilista»), epígrafe IV, págs. 142-143.

(7) Vid. en «Tópica y Jurisprudencia», *op. cit.*, el prólogo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, págs. 11-18, en especial págs. 14-15.

sino dialógicamente. Su *última ratio* es el discurso razonable (*vernünftiges Reden*)» (8).

- Argumentación jurídica (teoría retórica)

«...No es difícil encontrar en la disciplina jurídica las mencionadas variantes de pensamiento. Ellas provocan *diferentes argumentaciones*. Por ello, se puede hablar sobre lo que se llama problemas jurídicos de una manera jurídico-dogmática o jurídico-cetética. El jurista profesional, es decir, el dogmático profesional del Derecho es, en todo caso, un especialista de la argumentación jurídico-dogmática que, en tanto tal, tiene sus peculiaridades. Si, además, cultiva la historia del derecho, la sociología del derecho, la criminología, la psicología del derecho, etc., utiliza, dentro del marco de su investigación, argumentaciones cetéticas (también llamadas metadogmáticas), y si trabaja como filósofo o como teórico del derecho, se ocupa de argumentaciones filosóficas (no especializadas) cetéticas. Una disciplina completa del derecho abarca conjunta y recíprocamente todas estas actividades» (9).

- Función de los tópicos

«La función de los tópicos, tanto generales como especiales, consiste en servir a una discusión de problemas. Se sigue de ello que su importancia ha de ser muy especial en aquellos círculos de problemas, en cuya naturaleza está no perder nunca su carácter problemático. Cuando se producen cambios de situaciones y en casos particulares, es preciso encontrar nuevos datos para intentar resolver los problemas. Los tópicos, que intervienen con carácter auxiliar, reciben a su vez su sentido desde el problema. Su ordenación respecto de éste es siempre esencial para ellos. A la vista de cada problema aparecen como adecuados o inadecuados conforme a un entendimiento que no es nunca absolutamente inmodificable. Tienen que ser entendidos de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento.

Es una simple cuestión de formulación determinar si se presentan como conceptos o como proposiciones. No puede olvidarse que su valor sistemático tiene que ser necesariamente intrascendente. Largas consecuencias no se concilian bien con su función, por lo cual el peso lógico de las tramas de conceptos y de proposiciones elaboradas por ellos es siempre pequeño» (10).

- Proposición jurídica y jurisprudencia

«Justificado que la jurisprudencia ha de ser concebida como una permanente discusión de problemas y que, por lo tanto, su estructura total ha de ser determinada desde el problema, buscando puntos de vista para su solución,

(8) Vid. el artículo «Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico», en el volumen precitado *Tópica y Filosofía del Derecho*, págs. 114-127, en especial pág. 127.

(9) Vid. el artículo «Apuntes sobre una teoría retórica de la argumentación jurídica», en el volumen precitado *Tópica y Filosofía del Derecho*, págs. 163-175, en especial págs. 173-175.

(10) Vid. «Tópica y Jurisprudencia», *op. cit.*, Capítulo III («Análisis de la tópica»), epígrafe III, págs. 56-57.

resulta que sus conceptos y sus proposiciones tienen que estar ligados de modo especial con el problema. Esto es relativamente fácil de comprender por lo que se refiere a las proposiciones de contenido jurídico. En cambio, que los conceptos singulares, que reciben aplicación, tienen también que ser entendidos exactamente del mismo modo es algo que no salta sin más a la vista, sobre todo cuando aquellos conceptos, en su aspecto exterior, recuerdan a las ya conocidas definiciones en cadena. En nuestra disciplina, sin embargo, sólo pueden ser entendidos en relación con la aporía fundamental y tienen que ser analizados conforme a ella.

Esto lo ha puesto de relieve recientemente (1952) de un modo muy agudo Josef ESSER, que, en un trabajo sobre los *Elementos de Derecho natural en el pensamiento dogmático y constructivo*, ha destacado de una manera expresa y convincente que los “conceptos que en apariencia son de pura técnica jurídica” o “simples partes del edificio” de la jurisprudencia, sólo cobran su verdadero sentido desde la cuestión de la justicia...» (11).

- Dialógica

«...Como es sabido, en el Derecho Civil, el demandante tiene que cumplir su deber de demostrar el fundamento de la demanda si es que no quiere ser rechazado en beneficio del demandado; en el proceso penal vale lo mismo con respecto al demandante, en beneficio del demandado. Aquí interesa lo siguiente: la distribución de la carga de la prueba y la capacidad para presentar la prueba juegan el papel decisivo en la mayoría de los procedimientos judiciales. Pero esto significa que, en el fondo, decide un deber procesal que se puede justificar a partir de toda situación comunicativa del discurso. Decide, pues, un *officium* retórico fundamental y, por ello, es muy notable que recientemente la filosofía le haya conferido una extraordinaria importancia. La epistemología filosófica contemporánea impone al discurso, como actuar teórico, deberes retóricos. Dicho brevemente: cuando alguien habla tiene que poder justificar su discurso. Sólo el cumplimiento de los deberes del discurso, especialmente el respeto de los deberes de defensa y explicación, garantizan aseveraciones suficientemente confiables en las cuales existe indiscutiblemente un interés general. Sólo así puede mantenerse un diálogo racional que permita, en una medida óptima, la justificación de aseveraciones teóricas y prácticas. Puede verse que también aquí el regreso a la situación del discurso, es decir, a la situación pragmática inicial, facilita la comprensión del proceso del entendimiento inventante» (12).

El empleo indiscriminado del citado «*topos*» (la prohibición de sucesión contractual en el Código Civil) por nuestros autores viene aderezado de curiosas calificaciones, matizaciones, arrastre de citas y cúmulo de indetermi-

(11) Vid. «Tópica y Jurisprudencia», *op. cit.*, Capítulo VIII («La tónica y la doctrina civilista»), epígrafe III, págs. 133-134.

(12) Vid. el artículo «Sobre el desarrollo contemporáneo de la tónica jurídica», en el volumen precitado *Tópica y Filosofía del Derecho*, págs. 176-184, en especial págs. 183-184.

naciones a la hora de una identificación de tal «lugar común» con una *idea* o *concepto jurídico*. Así, v. gr., suele decirse que se trata: de una prohibición terminante, de un criterio fundamental, de una directiva, de un principio prohibitivo, de un principio fundamental, de la continuidad de un criterio prohibitivo romano —*sic*—, de un principio general prohibitivo, de una prohibición absoluta que conlleva la nulidad del acto, de una prohibición con carácter general, etc. Incluso algún autor afirma con rotundidad que «el criterio prohibitivo ha sido sostenido constantemente por una *uniforme* jurisprudencia del Tribunal Supremo» (!) (13).

Si de las ideas o conceptos jurídicos pasamos a poner el punto de observación en *la norma jurídica concreta* que traduce aquel denominado principio general prohibitivo, observamos con cierta desazón cómo cada uno de los autores que se ocuparon de esta temática centra su análisis en normas bien distintas del Código Civil: unos se fijan en el artículo 658, otros en el artículo 991, los más en el artículo 1271-2.º, casi todos en el artículo 816, algunos en el 1.674, otros en el 635, otros en el 655, otros en el 737, otros en el 1.704, etc.

Habrá que proceder, a lo que creo, a una conveniente revisión de tanto «lugar común» y a reflexionar con cierto distanciamiento «brechtiano» sobre este otro *punto central* de nuestra investigación. Para ello haré una alusión esquemática a la ya ingente mole de trabajos doctrinales españoles y trataré de conducir mis reflexiones posteriores por los caminos de los conocidos cánones interpretativos usuales.

2. ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN ESTE PUNTO (DE «LA PROHIBICIÓN DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL»)

Indicada previamente la imponente masa de aportaciones de la doctrina, parece en este lugar conveniente una *cita esquemática* de la doctrina española, cita que comprende *un espacio temporal* entre los años 1890 a diciembre de 2003.

Tal cita de las obras consultadas *personalmente* es, obviamente, muy extensa (14).

(13) Esta es una de tantas *afirmaciones* de autores de los «años 50», cuyo *inciso* destacado es obra mía.

Puede bien proclamarse, a la vista de todo el conjunto de supuestos litigiosos presentado en esta investigación, que esa pretendida «uniformidad» de nuestra jurisprudencia brilla por su ausencia.

(14) *Estado actual de la doctrina española sobre este punto*.

La cita es extensísima, como apunté, y *en cada una* de ellas la referencia es a este concretísimo punto, a esa pretendida *regla general* de «prohibición» y a la normativa aplicable según el autor respectivo.

III. DE LA UBICACIÓN EN NUESTRO SISTEMA NORMATIVO DE LA PRECITADA «PROPOSICIÓN JURÍDICA» (LA «PROHIBICIÓN DE SUCESIÓN CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL»)

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Una posición, a lo que parece correcta, debiera proceder a los siguientes pasos en la investigación: primero, a la ubicación de la referida «preposición jurídica» en nuestro sistema normativo; segundo, al análisis semántico y/o

-
- Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, voz «Contratos civiles», en *Diccionario de la Administración Española. Compilación de la novísima legislación de España Peninsular y Ultramarina en todos los ramos de la Administración Pública...*, Tomo III, 5.^a ed., Madrid, 1892, págs. 485-486, epígrafe 6.º (Objeto de los contratos), párrafo 4.º *in fine*.
 - REDACCIÓN, Consulta sobre «Pacto de suceder», en *Boletín de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 90, pág. 435.
 - REDACCIÓN, Consulta sobre «Renuncia a adquirir por herencia. Si puede hacerla un novicio, y en qué forma debe hacerla el que sea menor de edad», en *Gaceta del Notariado Español*, Tomo 49, Año XLIX, 1900, págs. 421-422.
 - Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*:
 - Tomo cuarto (segunda edición, corregida y aumentada): «Derecho de Obligaciones. Derecho de la Contratación», Impr. Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneira», Madrid, 1899, págs. 143 y sigs. (Fuentes de las obligaciones contractuales) (continuación) y 203 y sigs. (causa).
 - Tomo sexto (último). Volumen 1.º (segunda edición): «Derecho de sucesión (*mortis causa*)», Impr. Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneira», Madrid, 1910, págs. 88-110.
 - Tomo sexto (último). Volumen 2.º (segunda edición): «Derecho de Sucesión (*mortis causa*)», impr. Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneira», Madrid, 1910, págs. 938-943 (legítimas) y 1159-1185 (mejoras).
 - Tomo sexto (segunda edición). Volumen 3.º: «Derecho de Sucesión (*mortis causa*)» (continuación) (Sucesión Intestada. Instituciones comunes a las sucesiones testada e intestada. Apéndice de las especialidades del Derecho Foral), págs. 1986 y sigs. (Partición hecha por el propio testador).
 - Enrique GARCÍA HERREROS, *La sucesión contractual* (Prólogo de Rafael de UREÑA), Impr. M. G. Hernández, Madrid, 1902.
 - José CASTILLEJO y DUARTE, *La forma contractual en el Derecho de Sucesiones*, Imprenta de los hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1902: epígrafe V, págs. 69-77.
 - Luis DÍAZ COBEÑA, *Dictámenes* (Colección formada por el Colegio de Abogados de Madrid como homenaje al que fue su ilustre Decano —1919—), Impr. de J. Góngora Álvarez, Madrid, 1919, págs. 125-129 (Donación de herencia futura. Capacidad para adquirirla de una religiosa profesa).
 - Marceliano ISÁBAL, «Pacto de sucesión futura. Derecho Común», en *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo vigésimo cuarto, Francisco SEIX, Editor, Barcelona, s.f., págs. 188-191.
 - Calixto VALVERDE y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Parte Especial. Derecho de sucesión *mortis causa*. Talleres Tipográficos «Cuesta», Valladolid, 1921: Capítulo XVI (Sucesión Contractual), págs. 363-372.
 - Cirilo MARTÍN RETORTILLO, «Breves consideraciones sobre la sucesión contractual», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Año LXXI, Tomo 143, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1923, págs. 210-248 y 336-362 (en especial, págs. 351-362).

lingüístico de tal «proposición»; tercero, a la concreción de tal «proposición» en una específica norma del vigente Código Civil.

Así espero efectuarlo en mis subsiguientes consideraciones.

• Leopoldo ALAS ARGÜELLES, *Derecho Civil* (Obra ajustada al programa de 14 de julio de 1927 para los ejercicios teóricos de las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado), Editorial Reus (S. A.), Madrid, 1929, págs. 525-533 (TEMA 65: Sucesión contractual...).

• José ALGUER, «Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil», en *Revista Jurídica de Catalunya*, Volumen XXXVII, Any XXXVII, Barcelona, 1931, págs. 36 a 152 (en epígrafe VII. La sucesión contractual, págs. 144 a 152).

• Francisco DE A. CONDOMINES VALLS, «Formas nuevas de sucesión en la vida jurídica moderna», Conferencia en el Colegio Notarial de Barcelona el día 20 de abril de 1945, en el volumen *Estudios de Derecho Sucesorio* (Conferencias del Cursillo del año 1945), Ed. del Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1946, págs. 127-145, en especial págs. 133-134.

• Ramón M.^a ROCA SASTRE, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», Capítulo X del volumen *Estudios de Derecho Privado*, Tomo II. Sucesiones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, págs. 341 a 355, en especial págs. 352 y 355.

• Francisco J. GAS, «Pactos sucesorios», en *Revista Jurídica de Cataluña*, Año LII, Vol. LXX, enero-febrero de 1953, págs. 314-323 [en epígrafe IV.a), págs. 320-321].

• Joaquín SAPENA TOMÁS, «El pacto sucesorio en el Alto Aragón», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1954, págs. 734-783, en especial págs. 734-736 y 782-783.

• Fernando CANO, «Pactos sobre sucesiones futuras y pactos sociales (Problemas del art. 1.704 del Código Civil)», en *Revista de Derecho Notarial*, Año V, núm. XV, enero-marzo de 1957, págs. 377-394.

• Quintus MUCIUS SCAEVOLA (revisión de Pascual MARÍN PÉREZ), «Código Civil (comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos)», Tomo XX. Artículos 1.214 a 1.314, 2.^a edición, *De las obligaciones (conclusión). De los contratos*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1958, págs. 723-796, en especial epígrafe III-B), págs. 774-791.

• José M.^a CASTÁN VÁZQUEZ:

«Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español», en *ADC*, Madrid, 1964, págs. 367-381, en especial págs. 369-370.

«Sucesión forzosa y sucesión contractual», en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Concepción, núm. 127, 1964, págs. 4 y sigs.

• José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V. Volumen III («Legítimas-Reservas-Sucesión intestada-Sucesión contractual-Partición de herencia»), Ed. de Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1964: en Capítulo IV, apartado 2 («Sucesión contractual»), págs. 435 y sigs., en especial págs. 442 y sigs.

• J. L. LACRUZ BERDEJO:

«Los pactos sucesorios», en *ADA*, XIII, 1965-1967, págs. 431-438.

«De nuevo sobre el pacto sucesorio en Aragón», comentario de prensa, *ADA*, XIII, 1965-1967, pág. 439.

«Objetivos y método de la Compilación Aragonesa», en *ADA*, XIII, 1965-1967, págs. 311-341.

• Santiago PELAYO HORE, «Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón», en el *ADC*, Tomo XX, 1967, págs. 819-865, en especial págs. 836-838.

• Luis DIEZ-PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil. IV. Derecho de Sucesiones*, Ed. Universidad de Valencia-Facultad de Derecho, Impr. Copigraf, Madrid, 1967, Capítulo XXVI, («La sucesión contractual», págs. 595-617, en especial apartado 8), págs. 609 y sigs.

1) *De la ubicación de tal «proposición jurídica» precitada en nuestro sistema normativo*

• *De la ubicación de la «proposición jurídica» citada*

Si de la abundancia y reiteración de afirmaciones de unos y otros en el sentido de *la existencia* de la antedicha «prohibición» en el vigente Código

• José M.^a MANRESA Y NAVARRO (revisión de Miguel MORENO MOCHOLÍ), *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VIII, volumen 2.^o, sexta edición, Reus, S. A., Madrid, 1967, págs. 597 y sigs., en especial epígrafe IV, págs. 604-610.

• José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Sexto. «Derecho de Sucesiones». Volumen Tercero («Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión intestada. La sucesión contractual. La sucesión excepcional»), Séptima edición revisada y ampliada por José Luis DE LOS MOZOS, Ed. de Reus, S. A., Madrid, 1971, párrafo 179, págs. 246 y sigs., en especial págs. 268-273.

• José Luis LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, Tomo I («Parte General. Sucesión voluntaria»). Párrafo 62 («El contrato sucesorio en general»), págs. 719-730, en especial págs. 723-724.

• Theodor KIPP (11.^a revisión de Helmut COING), *Derecho de Sucesiones*, Volumen 1.^o, 2.^a edición con «Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española», por Ramón M.^a ROCA SASTRE (y revisión de Luis PUIG FERRIOL y Fernando BADOSA COLL), Bosch Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1976: epígrafe III, párrafos 36 y siguientes, págs. 368-376.

• Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, Tomo I («Fundamentos»), Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1982: en Capítulo III («Los contratos sucesorios»), núms. 462 y sigs., págs. 1023-1033, en especial págs. 1031-1032.

• Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio de Derecho Sucesorio*, Ed. La Ley, Madrid, 1990, págs. 53-57.

• Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario al artículo 816 del Código Civil», en el volumen *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CODERCH, edición de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Tomo I, págs. 2015-2016.

• M.^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 1.271 del Código Civil», en el mismo volumen precitado *Comentario del Código Civil, op. cit.*, Tomo II, págs. 473-475.

• F. CAPILLA, A. M. LÓPEZ, E. ROCA, M.^a R. VALPUESTA, V. L. MONTÉS (Coord.), *Derecho de Sucesiones*, revisión a cargo de F. BLASCO GASCÓ, F. CAPILLA RONCERO, M. CLEMENTE MEORO, C. LÓPEZ, B. DE HEREDIA, A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, V. L. MONTÉS PENADÉS, J. ORDUÑA MORENO, L. PRATS ALBENTOSA, E. ROCA TRÍAS Y M.^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ. Edición de Tirant lo Blanch-Derecho, Valencia, 1992: Lección 12.^a («Los contratos sucesorios»), a cargo de E. ROCA I TRÍAS, párrafos 33 y 34, págs. 297-304, en especial págs. 298-299.

• José CASTÁN TOBEÑAS, «Derecho Civil Español, Común y Foral», Tomo Tercero («Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general»), Decimosexta edición revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO, Ed. de Reus, S. A., Madrid, 1992; párrafo 78, epígrafe IV.2, págs. 634-635.

• José Luis LACRUZ BERDEJO, *La aportación de los Derechos Forales a un Derecho Sucesorio rural* (Comunicación al «Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato», Firenze, 30 de septiembre a 4 de octubre de 1963): en el Homenaje a José Luis

Civil pasamos a la constatación de *la realidad* de las proposiciones «normativas» del Código Civil, cabe observar, no sin cierta dosis de estupor y sorpresa, cómo no aparece dentro del Código Civil ninguna norma que expresamente

LACRUZ BERDEJO titulado *Estudios del Derecho Privado Común y Foral*, Tomo II («Obligaciones y sucesiones»), dirección de J. RAMS ALBESA, F. CORRAL DUEÑAS y J. L. LACRUZ BESCÓS, Coedición del «Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España» (Centro de Estudios Registrales) y de José M.^a Bosch, Editor, S. A., Impr. de Cometa, S. A. (Zaragoza), Barcelona, 1992: págs. 383-399, en especial págs. 390-391 y 393-394.

- María Luisa MARÍN PADILLA:

Historia de la sucesión contractual, Impr. de Cometa, S. A. (Zaragoza), Ed. de la autora, Zaragoza, 1992 (obra fundamental).

«Contrato y última voluntad se equiparan en Aragón, si lo dice la Carta; si no, no», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, coord. a cargo del Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Impr. Cometa, S. A. (Zaragoza), ed. de José María Bosch, Editor, S. A., Barcelona, 1992: en volumen primero, págs. 563-579, en especial págs. 567-571.

- José Luis LACRUZ BERDEJO, FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA, *Derecho de Sucesiones*, quinta edición, José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1993: en el Capítulo XIV («Formas de disponer distintas del testamento unipersonal»), en parágrafo 60 («El contrato sucesorio»), págs. 328-336 (revisión a cargo de J. DELGADO ECHEVERRÍA), en especial págs. 330-331.

- Joaquín RAMS ALBESA, «Comentarios al artículo 1.271», en la obra colectiva dirigida por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, en el Tomo XVII, Vol. 1.º-B (arts. 1.261 a 1.280), Editorial Revista de Derecho Privado (EDERSA), Madrid, 1993, págs. 441-467, en especial epígrafe IV, págs. 464-467.

- Karsten SCHMIDT, «Sucesión universal en virtud de negocio jurídico. Comprobación de la eficacia de una institución de Derecho Civil en el Derecho de la Empresa», artículo en *Revista Jurídica del Notariado* (antigua *Revista de Derecho Notarial*), núm. 15, 1995, págs. 197-239 (aunque escrito en castellano, el artículo tiene un contenido prácticamente exclusivo del vigente Derecho alemán).

- Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código Civil*, Ed. de la Universidad de Sevilla (Secretariado de Publicaciones), Serie-Derecho, núm. 81, Impr. de Pedro Cid, S. A. (Madrid), Sevilla, 1999: Capítulo Primero («La prohibición de sucesión contractual»), págs. 37 y sigs., en especial págs. 76 y sigs.

- Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, Tomo V («Derecho de Sucesiones»), quinta edición corregida y puesta al día, Ed. Edersa, Impr. de Nueva Imprenta, S. A., Alcobendas (Madrid), Madrid, 1999: Lección 15.^a («La sucesión contractual»), págs. 369-386, en especial págs. 376-377; actualmente corresponde al Tomo VII, «Derecho de Sucesiones», en Ed. de Marcial Pons, Tercera edición, Madrid, 2003, págs. 317 y sigs.

- Paloma DE BARRÓN ARNICHES, «El pacto de renuncia a la legítima futura», CEDECS Editorial, S. L., Barcelona, 2001: Capítulo III («Prohibición de la renuncia a la legítima futura en el Código Civil»), epígrafe III, págs. 227-237.

- José Ignacio CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La prohibición de los contratos sucesorios*, Ed. de J. M. Bosch Editor y de la Universidad Externado de Colombia, Impr. de Cochs-Industria Gráfica, S. L. (Barcelona), Barcelona, 2002: Capítulo II («El alcance de la prohibición»), págs. 37-42.

- Rafael SÁNCHEZ ARISTI, *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, ed. Comares, Impr. de Comares, S. L., Granada, 2003: en especial, págs. 53 y sigs.

disponga algo similar a la «proposición» o «topos» analizado, esto es, algo así como «la sucesión contractual está prohibida», «no es posible la sucesión contractual...» o algún tipo de norma del tipo de proposición «normativa» con un predicado negativo universal («Si es S, No es P. EN NINGÚN CASO»).

De esa *inexistencia práctica* en el Código Civil de norma de contenido con predicado negativo universal no cabe deducir de modo simplista que en este punto existe una *anomia*. Por supuesto, de haber «anomia» no puede ser absoluta, sino *relativa*, dado que en la configuración dada por cada autor a la famosa «prohibición» ésta vendría regulada por una determinada norma concreta, norma designada *ad libitum* por cada uno de los intérpretes.

Sea como fuere, no cabe afirmar con fundamento serio que en el Código Civil exista una norma del tipo de contenido con predicado negativo universal que traduzca el manido «topos» aquí analizado.

• *De lo proteiforme de la materia tratada*

A lo que parece, a mi juicio, la materia aquí contemplada revela distintos *aspectos o perfiles*, de manera que, según el concreto aspecto o perfil contemplado, cada autor o intérprete del derecho reacciona de forma diferente. De ahí que, en mi opinión, la alusión de características «a lo PROTEO» sugiera también acudir a las «técnicas» apropiadas para *apoderarse de o «cogerle»* en un concretísimo aspecto o perfil, cuestión a la que he tenido ocasión de referirme en otro lugar ante situaciones *de facto* de alguna similitud (15).

Ante la evidencia de la diversidad de *perfiles* y del análisis variopinto de cada uno de ellos por nuestros intérpretes, me viene a la memoria la exactitud de las reflexiones de los modernos postuladores de la denominada «Física cuántica», a las que también en alguna ocasión me he referido (16).

• José GARCÍA MEDINA, «Panorama de la sucesión contractual *mortis causa*», en la *Revista de Actualización Aranzadi*, titulada «Jurisprudencia TSJ, AP y otros Tribunales», Pamplona, año 2003: I (págs. 11 a 32) y II (págs. 11 a 35).

• Carmen BAYOD LÓPEZ, «Las novedades en materia de pactos sucesorios en la Ley Aragonesa de Sucesiones por causa de muerte (Ley 1/1999, de 24 de febrero)», artículo para el libro *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*, 4 Tomos, Editorial Civitas, Madrid, 2003; en el Tomo IV («Derecho de Sucesiones»), págs. 5123-5140, en especial págs. 5125-5126 y nota 8.

(15) Vid. J. CERDÁ GIMENO, *La protección del crédito en la jurisprudencia* (prólogo de don Luis Díez-Picazo), Ed. de Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995. Tercera parte («El juego»), págs. 665 y sigs.: vid. allí la cita de la ninfa Idotea, alusiva al Anciano del Mar (Proteo) y sus variadas manifestaciones, y mi versión de los posibles remedios para asirle y sujetarle (vid. en HOMERO, *Odisea*, canto IV, versos 400-424).

(16) Vid. J. CERDÁ GIMENO, *En torno a los fenómenos inter-normativos: en especial en el ámbito sucesorio*. Discurso de Ingreso como Académico de Número en la «Acade-

• *De los perfiles a considerar en este punto*

Parece claro, por una parte, que según se enfoque la perspectiva acerca de la «proposición jurídica» investigada, puede prevalecer uno de los dos términos englobados dentro del *concepto principal* («sucesión contractual»), esto es, o sucesión, o contrato, de forma tal que el cambio introducido en el concepto puede influir en el cambio del predicado, y en una nueva visión del tema.

Por otra parte, si se toma como punto de partida de la investigación la existencia de un único sistema jurídico global o si se postulan varios sistemas (o sub-sistemas), el resultado en uno y otro supuesto puede ser totalmente distinto.

• Si se incide en *el perfil «sucesión»* hay que diferenciar, a mi parecer, dos supuestos:

- Si se considera que hay *un único sistema* (equivalente al Código Civil), al presentar el Código los «títulos» sucesorios en el artículo 658 del Código Civil, *parece que no cabe* una nueva modalidad de sucesión allí no regulada —la sucesión contractual—. Pero esta es una conclusión de lógica jurídica, esto es, el típico argumento *a contrario*, y nos conduce a otros ámbitos.

Esa «exclusión» aparente iría conectada con las normas de los artículos 991 y 737 del Código Civil.

- Si se considera que *el único sistema total* (Derecho Sucesorio Español) comprende *dos sub-sistemas o conjuntos* (uno, el del Código Civil; otro, el de las Leyes Civiles Territoriales), la prohibición relativa a la «sucesión contractual» no puede mantenerse.

• Si se incide en *el perfil «contrato»*, y se considera también esa diferencia de dos supuestos:

- Si se parte de que hay *un único sistema* (Código Civil), de la norma genérica principal acerca del «objeto» de los contratos con-

mia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares», el día 5 de junio de 2003 (Texto amplio). Vid. allí, en Proemio, 0.1.2 (Presentación del tema del discurso: *Modo de las ciencias experimentales y nota 6*) (ahora en mi libro «Conflictos entre normas», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006), como sigue:

«Los modernos especialistas de la FÍSICA “cuántica” sostienen la esencial *interdependencia* entre lo observado y el observador, hasta el punto de que si varía la persona del observador variará también la concreta realidad observada (DAVID BÖHM, Georges CHARPAK, Fritjof CAPRA, Ilya PRIGOGINE (De las muchas referencias y citas de *físicos cuánticos* he escogido unos fragmentos, con indicación del lugar de procedencia: el de DAVID BÖHM, en JOHN BRIGGS, «Un sabio en busca de diálogo. Entrevista a David Böhm» (en la revista *Integral*, núm. 122, febrero de 1990, págs. 72-75); el de Ilya PRIGOGINE, en JOSÉ-JULIÁN MORENTE «Ilya Prigogine: una nueva ciencia de la vida» (en la revista *Esotera*, núm. 2, primavera de 1992, págs. 72-77).

tenida en el artículo 1271-2.º del Código Civil *parece* derivarse que *en algunas hipótesis* sí cabe un contrato «sucesorio» que *no* contemple la herencia futura. También es una conclusión de estricta lógica jurídica con argumentación a considerar en otros terrenos.

En el supuesto contemplado aparece la conexión evidente con la norma del artículo 1.056 del Código Civil y de él se desprende —al parecer— como derivada la norma del artículo 816 del Código Civil.

- Si se parte de que hay *un sistema unitario global* (Derecho Contractual Español), comprendiendo los dos subsistemas o conjuntos antes aludidos (Código Civil y LL.CC. Territoriales), parece no cabe postular prohibición alguna en cuanto a la riquísima floración de «pactos sucesorios» existentes en todo el territorio del Estado Español (*salvo en Castilla* y en las zonas regidas por el Código Civil).

2) *Del análisis semántico de dicha «proposición jurídica»*

En relación con la «proposición jurídica» (17) inicial aquí examinada, parece oportuno analizar tres puntos: uno, el del perfil dominante de dicha

(17) En orden a la relación de las «proposiciones jurídicas» con la verdad científica; vid. en L. Díez-PICAZO, «Experiencias...», *op. cit.*, págs. 36-37.

— Bien ha podido decir K. LARENZ que «la regla del Derecho tiene la forma lingüística de una *proposición*, de la “*proposición jurídica*” (“*Rechtssatz*”). La norma jurídica, en virtud del sentido normativo que le corresponde, ha de distinguirse de una *proposición enunciativa*, que contiene una afirmación de hechos o una constatación (la norma jurídica no afirma que algo sea así o así, sino que preceptúa, permite o prohíbe algo). Asimismo se la debe distinguir de aquellas proposiciones que contienen enunciados sobre el Derecho vigente, en los que se habla de normas jurídicas... *Toda proposición* es una estructura lingüística en la que una cosa está enlazada con otra... Si... no toda norma jurídica contiene un precepto o prohibición, sí contiene, por cierto, una orden de validez. Su sentido, como *proposición normativa*, es poner en vigor consecuencias jurídicas. Por *su forma lógica* es una proposición hipotética. Viene a decir: Siempre que un hecho concreto H realiza el supuesto S, vale para ese hecho la consecuencia jurídica C; más brevemente: para todo caso de S vale C...» Así, en Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción y revisión de Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, Editorial Ariel, S. A., 1.ª edición en «Ariel Derecho», junio de 1994, Barcelona, 1994, vid. PARTE SISTEMÁTICA, CAPÍTULO II («La doctrina de la norma jurídica»), págs. 242 y sigs., en especial págs. 243 y sigs. y 248 y sigs.

— Una indispensable aproximación a la *lógica de las proposiciones*, en G. KALINOWSKI, *Introducción a la lógica jurídica* (*Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*), Ed. Eudeba, traducción de J. A. CASAUBÓN, Buenos Aires, 1973, vid. págs. 11 y sigs. y 19 y sigs., y allí las descripciones de los «factores proposicionales» (KĘTARBINSKI) y de la lógica de las funciones proposicionales.

«proposición» y su encuadre en el sistema único español; dos, el de la semántica utilizada en orden a esta «proposición»; tres, el del contenido de la referida «proposición».

• *El perfil dominante de la «proposición» y su encuadre en el sistema único español.* Pasa por dilucidar previamente si los términos utilizados «sujeción contractual» y «contrato sucesorio» son idénticos o antitéticos:

- Si son términos *idénticos*, se va a producir una *super-posición o concurrencia de normas*, lo que implica una combinación de criterios o principios, y que conduce a la necesidad de una *interpretación*.
- Si son términos *distintos*, se produce una *colisión de normas* de sectores distintos, con aplicación de principios también distintos, que conlleva asimismo una necesaria *interpretación*.

• *La semántica utilizada en orden a esta «proposición»* (18). Las implicaciones semánticas de cada *término jurídico* utilizado evidencian una mecánica operativa bien distinta:

(18) Vid. K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción y revisión de Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, Editorial Ariel, S. A., 1.ª edición en «Ariel Derecho», junio de 1994, Barcelona, 1994, págs. 506 y sigs.: pone de relieve cómo «la Ciencia del Derecho se sirve en amplia medida del lenguaje de la vida y no de un lenguaje técnico trasladado a conceptos decantados...» Recuerda también la afinidad de su concepto de *tipo* con el concepto de «similitud de familia» de WITTGENSTEIN: sobre este punto, en relación con el concepto de «juego de lenguaje» de WITTGENSTEIN, vid. R. ALEXI, «Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)», traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, edición del «Centro de Estudios Constitucionales», Impr. de PRISMA INDUSTRIA GRÁFICA, S. A., Madrid, 1989, págs. 64-68.

— Vid. en G. KALINOWSKY, «Introducción a la norma jurídica», *op. cit.*: después de diferenciar —dentro de la LÓGICA FORMAL DEDUCTIVA— la lógica de las proposiciones (prefiere denominarlas «funtores proposicionales»), la lógica de los nombres y la lógica de las relaciones (el «cálculo relacional»), analiza con detalle —en el CAPÍTULO dedicado a la LÓGICA DE LAS NORMAS—, la diferencia entre la prototípica «proposición modal» (compuesta de un *dictum* y de un *modus*) de la lógica tradicional y la *proposición normativa* («x R a», o bien «Ra»). Distingue en toda *norma* tres elementos: un sujeto de la acción (individual o general), un contenido de la acción (particular o general) y una relación normativa. Considera que toda *proposición normativa* conlleva cinco «funtores» deónticos: S (el deber hacer), L (el deber no hacer), P (el permiso de hacer), W (el permiso de no hacer) y M (el poder hacer o no hacer). A ellos añade otro: V (obligación en general: mandado o prohibido). Resulta, por consiguiente, una *figura gráfica* que unos (BOZZI) describen como «la estrella de seis rayos» y otros (BLANCHÉ) como un «hexágono». Puede verse en *op. cit.*, págs. 49-50, 76, 80 y sigs., 90 y sigs., y 126 y sigs.

— No puedo dejar de aludir a la muy interesante cuestión de la *proposición normativa negativa* (*en estrecha relación con el tema central de nuestra investigación*), que para KALINOWSKY (con cita, de O. WEINBERGER, VON WRIGHT y FISCHER) comprende *cuatro negaciones* deónticas: negación de la norma, negación del functor creador de la norma, negación del nombre del sujeto de la acción, negación del nombre de la acción: vid. en *op. cit.*, págs. 86 y sigs.

- Cuando se habla de «sucesión contractual» se está empleando una terminología habitual del plano intelectual-dogmático propio de la «Ciencia del Derecho», terminología propia de la técnica pandectista y de los impulsores y defensores de la Codificación del siglo XIX en Europa. Todo lo cual conduce a una variabilidad de opiniones y de interpretaciones. De otro modo, viene a recordarnos, una vez más, los modernos postulados —antes referidos— de los «físicos cuánticos» y del cambio del observador ante la realidad observada.
- Cuando se habla de «contrato sucesorio» se está empleando una terminología implícita en el plano de la realidad, de la praxis diaria, de la experiencia jurídica, plano que se mueve en el ámbito de la contratación. Lo que ocurre es que —como se vio en el análisis de los conflictos resueltos por el TS en el Capítulo Primero de mi investigación—, apenas es usado el término (*sucesión contractual*) por nadie, ni por los interesados, ni por sus defensores, ni por el propio TS. Se acude a la vía terminológica más familiar, secular, tradicional, denominada «pactos sucesorios», pactos en los que lo primordial es la determinación de cuál de los diferentes intereses en juego es el merecedor de protección en la incidencia de la aplicación del derecho. También aquí la enorme abundancia de supuestos litigiosos hace difícil una catalogación de intereses y conduce asimismo a una no uniforme interpretación de los varios conjuntos de sentencias. De nuevo, otra vez, la alusión a los «físicos cuánticos» parece también aquí oportuna.

- *El contenido de la referida «proposición».*

Dada la habitual configuración de toda «proposición jurídica» («Si es S, debe ser (no ser) P») y de la incidencia sobre ella de la aparición de posibles «functores» que la modifiquen (19), a mi parecer cabe diferenciar, según la terminología utilizada, dos supuestos:

(19) De la configuración de toda «proposición jurídica» me he ocupado anteriormente: vid. la cita de K. LARENZ, *op. cit.*, en nota 17 precedente, págs. 243 y sigs. y 461 y sigs.

A la distinción entre *normas imperativas* y *normas permisivas* se ha referido entre nosotros L. DIEZ-PICAZO (vid. «Experiencias...», *op. cit.*, págs. 62 y sigs.), entendiendo que «No hay, en rigor, dos tipos de normas, sino uno sólo. Las fórmulas «poder-tener derecho» y «deber-estar obligado» son intercambiables, y expresan, desde dos perspectivas, una misma y única situación...».

La *estructura* de la «proposición normativa» suele reconducirse a un imperativo o a un juicio de valor o a ambos a la vez, lo cual niega G. KALINOWSKI al afirmar que «...la norma es una regla de conducta que no es ni un imperativo ni un juicio de valor. Establece una obligación o una permisión (unilateral o bilateral), de hacer o (y) de no hacer. Ello precisamente la hace diferente de los otros dos juicios prácticos con los que se la confunde a menudo...»: vid. en *op. cit.*, págs. 80-81.

- Si se parte del término «sucesión contractual», resultará que la «proposición jurídica» respectiva debería ser del tipo:

«Toda sucesión contractual no debe ser permitida», o
«Toda sucesión contractual está prohibida y es nula».

Esta configuración dada depende de la variabilidad y abundancia de interpretaciones, esto es, de *posiciones* doctrinales (*depende* a su vez de «funtores» tales como *si es posible* en ciertos casos, si no es posible en otros, etc.) (20).

- Si se parte del término «contrato sucesorio», resultará que la «proposición jurídica» respectiva debería ser del tipo:

«Algunos pactos sucesorios pueden ser válidos», o
«No todo contrato sucesorio está permitido» (y la prohibición consiguiente, etc.) (21).

Esta configuración dada va a depender también de una enorme variabilidad, dependiendo a su vez de los oportunos *ajustes de intereses* y de sus adecuadas interpretaciones (lo que conlleva, a su vez, la dependencia de la decisión de *si* determinada pretensión —la de A— *es o no justa* y merece ser protegida con preferencia a la del otro contendiente o contratante —la de B—) (22).

3) De la concreción de tal «proposición jurídica» en una norma específica del Código Civil

Una de las características primordiales que nos indicó L. Díez-PICAZO para las «proposiciones jurídicas» es que deben encontrarse «rigurosamente textualizadas», esto es, reducidas a textos concretos. Aquí nos encontramos con una cierta situación de indefinición o ambigüedad, dada la dificultad de hallar un texto concreto con alcance normativo que encierre esa postulada *prohibición absoluta* de «sucesión contractual». Lo habitual, como señala-

(20) De la *variabilidad* de los «funtores» en las «proposiciones jurídicas» y de la *función proposicional normativa*, según la función semiótica derivada del uso de diversos «funtores» proposicionales normativos, se ocupa G. KALINOWSKI, *op. cit.*, págs. 17 y sigs. y 84 y sigs.

(21) En cuanto a la *proposición normativa negativa*, remito a lo expuesto en nota 18 precedente.

(22) Vid. L. Díez-PICAZO, «Experiencias...», *op. cit.*, en especial págs. 240 y sigs., al precisar que «...el derecho se concibe como un sistema de justa solución de los conflictos o... como la determinación de un *iustum* concreto...».

ba el mismo L. Díez-PICAZO, es que «los textos normativos básicos ligan con una situación dada una consecuencia que consiste en un deber u obligación, o un poder o derecho» (23).

En el subsiguiente análisis sobre las *reglas jurídicas*, distingue L. Díez-PICAZO entre una «proposición jurídica» y una «proposición normativa», entre el mundo del *ser* y el del *deber ser* (24), y se pregunta cuál es el contenido que convierte en jurídica una proposición enunciativa de un deber ser y si las normas donde se alude a la idea de *poder* (o tener derecho) y las normas donde se utiliza la idea de *deber* (o de estar obligado) son entre sí independientes o, por el contrario, están íntimamente enlazadas constituyendo un único fenómeno visto desde dos ángulos o expresado de dos maneras diversas (25).

Revisado por L. Díez-PICAZO el concepto tradicional acerca de las *normas jurídicas*, y considerado que el ingrediente básico de la idea de «deber» es una norma jurídica que lo contempla y que hace que pueda ser exigido («el deber es, pues, una situación que da lugar a una pretensión justa o un comportamiento o proyecto de comportamiento que puede ser justamente reclamado», nos dice), llega a la conclusión de que *lo fundamental* es esta exigencia o este poder de exigencia y de ahí que

«El concepto primario en el terreno jurídico no es el concepto de deber, sino el concepto de poder o de tener derecho. Lo cual viene, además, probado por el hecho de que nuestra disciplina se llama precisamente Derecho. La puesta en marcha de un derecho, poder o facultad es una reclamación o, en general, una “pretensión”. Un deber jurídico es la sujeción de una persona a la formulación de una pretensión y a las consecuencias que para ella pueda tener el hecho de que tal pretensión prospere o sea acogida.

Esta concepción del sistema jurídico como un sistema de calificación de pretensiones constituye una vuelta a nuestro punto de partida: el conflicto de intereses como fenómeno jurídico primario. Toda pretensión que no es atendida o recibe satisfacción genera un conflicto que debe ser resuelto» (26).

En el consiguiente tránsito desde la «proposición jurídica» inicial aquí investigada hacia la muy concreta *proposición normativa*, se presentan, a mi juicio, diversos puntos previos a considerar, tales como: las variadas posiciones doctrinales al efecto, la evidencia de la «experiencia jurídica» transmitida a través de los numerosos supuestos litigiosos antes contemplados, y la conveniencia de deslindar las cuestiones básicas a tratar. Así se efectúa seguidamente.

(23) Vid. L. Díez-PICAZO, «Experiencias...», *op. cit.*, págs. 34-35.

(24) Vid. L. Díez-PICAZO, «Experiencias...», *op. cit.*, págs. 36-37.

(25) Vid. L. Díez-PICAZO, *op. cit. últ.*, págs. 44 y 62.

(26) Vid. L. Díez-PICAZO, *op. cit. últ.*, págs. 74-76.

• *De la variabilidad de las posiciones doctrinales en este punto*

La consideración que este «lugar común» ofrece a nuestros autores va directamente relacionada con la manera que cada autor tiene de percibir este fenómeno jurídico y la traducción respectiva de tal «proposición» (*negativa universal*) a una concreta norma del Código Civil.

Así, como se indicaba previamente, de entre la numerosa serie de artículos del Código Civil señalados como incardinando tal «prohibición», eran prevalentes los artículos 658, 991, 737, 816, 1271-2.º, 1.674, etc. La *indeterminación* es la regla general, aunque parece *mayoritaria* la opinión de que el principio general prohibitivo lo encarna el artículo 1271-2.º y —como derivación— el artículo 816.

• *De la evidencia de la experiencia transmitida a través de los supuestos litigiosos previamente examinados*

Una consulta directa a los repertorios de jurisprudencia transmite la sensación de que todos los supuestos controvertidos relacionados con el tema «sucesión contractual» aparecen reflejados en la muy numerosa jurisprudencia recaída en casos en que la norma debatida era el artículo 1271-2.º del Código Civil o bien —en la vertiente negativa— el artículo 816 del Código Civil. De donde parecía también lógica la posibilidad de una *reductio ad litem*, en función precisamente de esa «experiencia jurídica» desenvuelta en el Capítulo Primero de mi investigación, dirigida al análisis de *esa muy concreta normativa* apuntada (arts. 1271-2.º y 816 del Código Civil). Reducción que nos lleva, una vez más, como apuntara L. Díez-PICAZO, al *conflicto de intereses* como fenómeno jurídico *primario*.

• *Del deslinde de las cuestiones básicas en este punto*

Parece, por consiguiente, a la vista de lo expuesto, que, en orden a la inicial «proposición jurídica» investigada, es oportuno que se traten seguidamente estas *cuestiones básicas*:

- 1.^a Si dicha «proposición jurídica», evidente «lugar común» (*topos*), tiene o no una existencia real.
- 2.^a Si dicho «lugar común» (*topos*) es válido y eficaz en el ordenamiento jurídico del Estado Español.
- 3.^a Si ese «topos» es legítimo y tiene fundamento.
- 4.^a Si ese «topos» puede tener concreción en una norma determinada dentro del sistema jurídico español.

A la *pregunta 1.ª* me he referido anteriormente en este mismo trabajo.

A la *pregunta 2.ª* me refiero seguidamente en este trabajo.

A la *pregunta 3.ª* me voy a referir en un posterior trabajo dedicado a la DIMENSIÓN VALORATIVA del tema examinado.

A la *pregunta 4.ª* me refiero posteriormente en este trabajo.

2. DE LA NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL ANALIZADA EN ESTA INVESTIGACIÓN

Siguiendo el hilo expositivo trazado, parece evidente que la normativa *concreta* a considerar sea la relativa a los artículos 1271-2.º del Código Civil y 816 del Código Civil.

Intento, por consiguiente, situarme en la línea continuista de tantos autores y maestros y proceder a una muy necesaria *reducción* normativa, fundamentalmente porque, en caso contrario, la investigación se haría interminable y farragosa.

Tomando en cuenta, también primordialmente, que el *contenido* de una y otra norma sea el *tradicional* contemplado en tantas y tantas decisiones jurisprudenciales analizadas en otro lugar (27), es, en uno y en otro caso, el siguiente:

«Artículo 1.271. Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1.056.

...

Texto del párrafo segundo en la edición primitiva: *Se exceptúa la herencia futura, acerca de la cual será nulo cualquier contrato, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate».*

«Artículo 816. Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción».

(27) Esa *concreción de contenidos* equivale, por tanto, a la exclusión de las últimas reformas legislativas operadas en el año 2003.

3. DE LA NECESIDAD DE INTERPRETACIÓN DE LAS «PROPOSICIONES JURÍDICAS
NORMATIVAS»

Parece lógico plantear la conveniencia de una interpretación de esas *normativas* postuladas, dado que —como se ha dicho autorizadamente— la inteligencia de un texto (concreto) implica un previo conocimiento de las ideas o conceptos en el mismo expresados y esa actividad reconstructiva del esquema normativo (*la interpretación*, propiamente dicha) constituye la operación jurídica básica de todo operador jurídico (28). La interpretación —dice L. Díez-PICAZO— «es sobre todo una “atribución de sentido” o de “significado”»: opera sobre la realidad, sobre los fenómenos, sobre los sucesos, sobre las sensaciones y sobre una comunicación significativa ya producida» (29).

En el mismo sentido aquí apuntado, se señala cómo *la idea común* en orden al término «interpretación» es que «interpretar algo es una actividad consistente en *atribuir sentido a ese algo*» (30):

«Dado que la actividad interpretativa consiste en *afirmar* que algo tiene un sentido determinado, el resultado de dicha actividad han de ser *afirmaciones*. Dicho con más precisión, el resultado de la actividad interpretativa son *enunciados asertivos*. Estos enunciados asertivos, resultantes de la actividad interpretativa, es lo que llamaré “enunciados *interpretativos*”. Una interpretación, entendiendo esta palabra como el resultado de la actividad interpretativa, es un enunciado interpretativo...» (31).

Parece de toda lógica que, *previamente* a esa atribución de sentido a esas normas postuladas, se ubique el «lugar común» (topos) investigado dentro del conjunto de «proposiciones jurídicas» del sistema total, según antes se puso de relieve. Por supuesto, ello implica la consideración, *también previa*, acerca de si ese *topos* es un mero recurso de la argumentación o una propia máxima eficaz en derecho (32).

(28) Vid. L. Díez-PICAZO, *op. cit. últ.*, págs. 27, 232 y sigs. y 235 y sigs.

(29) Vid. L. Díez-PICAZO, *op. cit. últ.*, págs. 236 y sigs.

(30) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, Barcelona, 1999, en especial Capítulo 2, págs. 29 y sigs.

(31) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, «Interpretación,...», *op. cit.*, págs. 30 y sigs. y 57 y sigs.

Vid. allí la diferenciación entre enunciados *interpretativos*, enunciados *interpretados* y enunciados *interpretantes*.

(32) Sobre el particular, vid. CH. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, traducción de Luis Díez-PICAZO, Editorial Civitas, S. A., Impr. Gráficas Carasa, Madrid, 1979, en especial, págs. 127 y sigs., y 117 y sigs.

IV. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS «PROPOSICIONES JURÍDICAS NORMATIVAS», EN GENERAL

1. POSICIONES DOCTRINALES

• *La perspectiva de R. Hernández Marín*

Una ambigüedad *ontológica* en el uso del término «norma jurídica» es puesta de relieve por R. HERNÁNDEZ MARÍN al decir que

«...cuando alguien habla de las normas jurídicas, sin más precisión, no podemos saber si está pensando en cuasiproposiciones, en proposiciones, en enunciados tipos, en enunciados inscripciones, o en regularidades de comportamiento... Por ello, es recomendable, a fin de evitar dicha ambigüedad, no hablar de normas jurídicas; es preferible hablar de cuasiproposiciones jurídicas, o de proposiciones jurídicas..., o de regularidades jurídicas de comportamiento...» (33).

En otra perspectiva, el mismo autor considera que el término «norma jurídica» presenta una ambigüedad *lógica*, ya que puede designar tanto un cuerpo jurídico, un subconjunto del Derecho, como una entidad jurídica, un elemento del Derecho (34).

Respecto de la *interpretación* de las normas jurídicas, el mismo autor entiende que

«Una de las tareas de la teoría de la norma jurídica consiste en interpretar *partes* (no conceptos, ni principios) de las normas jurídicas, que son *comunes* a todas las normas jurídicas de una misma clase (cualquiera que sea la rama del ordenamiento jurídico, o incluso el ordenamiento jurídico en el que las normas se presenten) ... tanto la “teoría de la norma jurídica” (TNJ), como la dogmática jurídica interpretan las normas jurídicas; pero interpretan *partes distintas* de las mismas normas jurídicas... la TNJ interpreta las expresiones contenidas en la misma norma jurídica (de la rama correspondiente de la dogmática jurídica), que no son propias ni de esa rama del Derecho, ni de ninguna otra rama; interpreta aquellas expresiones que aparecen, o que son sinónimas de las que aparecen, en todas las normas jurídicas de la misma especie... cualquiera que sea la rama del Derecho a la que pertenezcan. La TNJ prescinde, pues, o hace abstracción, del contenido específico de cualquiera de las normas que interpreta... La interpretación del contenido específico de, por ejemplo, cada disposición derogatoria o cada norma de competencia queda en manos de la rama correspondiente de la dogmática jurídica...» (35).

(33) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Ed. de Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid-Barcelona, 1998, Impr. Closas-Orcoyen, S. L., págs. 56 y sigs.

(34) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, «Introducción...», *op. cit.*, págs. 58 y sigs.

(35) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, «Introducción...», *op. cit.*, págs. 27 y sigs.

• La visión de la «lógica jurídica» de G. Kalinowski

Empleado el término «proposición jurídica» en la forma habitual y considerado en su acepción de *proposición normativa*, dice G. KALINOWSKI que los *raciocinios jurídicos* (los habitualmente realizados por un jurista en cuanto tal) pueden dividirse en *no-normativos* y *normativos*. Dejando a un lado los *primeros* (inducción completa, deductivo, reductivo, por analogía, inducción amplificante y estadístico), los *raciocinios jurídicos normativos* se caracterizan porque sus premisas (o una de ellas) y la conclusión son «*proposiciones normativas*», suelen ser *raciocinios deductivos* e intervienen, de un lado, en la elaboración del derecho, y, de otro lado, en la interpretación y aplicación del derecho» (36).

Para G. KALINOWSKI es importante distinguir entre *interpretación* y *elaboración del derecho*. Recuerda cómo la *interpretación del derecho* encara objetivos diversos y los alcanza con medios múltiples y variados. Para lo cual entiende necesarias varias *tareas* para el intérprete del derecho:

«(primero) conocer la existencia de las normas jurídicas vigentes, registrarlas, clasificarlas, establecer su alcance auténtico y determinar su sentido literal; segundo, conocer la pluralidad de los sistemas jurídicos positivos, la multiplicidad de las normas jurídicas, la variedad de los aspectos que presenta cada situación; y tercero, constatar la imperfección inevitable del legislador, que, como obra humana, es difícil de eliminar, lo cual conduce a conflictos de todo tipo entre sistemas y normas jurídicas ... La obra del intérprete del derecho está gobernada por dos grupos de reglas: *reglas extra-lógicas* y *reglas lógicas*. Mientras *las segundas* son proporcionadas por la lógica, *las primeras*... son dictadas por la prudencia del legislador, a la cual suple en caso de necesidad la prudencia del intérprete, prudencia que en ambos casos tiene en cuenta (debe tener en cuenta) la naturaleza de las cosas... Es esta prudencia... la que conduce al intérprete del derecho a explicitar y en caso de necesidad a desarrollar o aun modificar el texto de la ley... Porque es obedeciendo a estas *reglas extra-lógicas* de la prudencia jurídica que el intérprete del derecho, antes de seguir las *reglas lógicas* correspondientes, sobreentiende en el texto interpretado, en el caso del argumento *a maiori ad minus*... en el caso del argumento *a minori ad maius*... y finalmente en el caso del argumento *a contrario* la cláusula

— Para una exposición ampliada del punto de vista de este autor, vid. su obra precitada *Interpretación, subsunción...*, en el capítulo 2, en especial su análisis de las diversas teorías de la interpretación del Derecho, págs. 57-117.

(36) Vid. G. KALINOWSKI, «Introducción a la lógica jurídica», *op. cit.*, págs. 147 y sigs., 150 y sigs. y 162 y sigs.

— Para la justificación de las «proposiciones normativas» en el discurso práctico, y para la fundamentación de las «proposiciones normativas» en el discurso práctico racional: vid. R. ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)* (Traducción de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO), Ed. del «Centro de Estudios Constitucionales», Impr. de Prisma Industria Gráfica, S. A., Madrid, 1989, págs. 116 y sigs. y 175 y sigs.

restrictiva “solamente”. La interpretación del derecho que exige la virtud de la justicia es pues una operación de prudencia y no de lógica...» (37).

• *La «pre-comprensión» de Josef Esser*

1. El dato obvio de la elemental *contraposición* entre un presunto único sistema normativo existente dentro de un Estado y una visible multiplicidad de sistemas normativos coexistentes a nuestro alrededor, ya implica una determinada actitud personal en el observador. O, de otro modo, habrá que remitir a las *subjetivas* evaluaciones personales del operador jurídico, en suma, a lo que J. ESSER denominó la *«pre-comprensión»*.

La referencia a J. ESSER, en relación con la *valoración* de las decisiones jurisprudenciales, había sido efectuada hace algún tiempo por mi parte en mis comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyos comentarios he aludido en otros lugares. Cabe repetir ahora lo que entonces había escrito y a ello remito (38).

Con mayor precisión sostenía J. Esser que es en realidad la apreciación de los intereses mercedores de protección y no los conceptos fijados por la técnica jurídica, *la justicia y no la dogmática*, quienes suministran al juez el verdadero hilo conductor para llegar a su decisión (39).

Obviamente, esa tarea del intérprete aludida por J. ESSER se desenvuelve en la explicación de los elementos de la *comprensión*, a saber: el lenguaje, la accesibilidad a los significados del sentido en forma histórica o no histórica, y su dependencia de los horizontes del intérprete y de su objeto (40). Más detalladamente algunas de las ideas de J. ESSER las traigo aquí, como sigue:

«...la precomprensión, partiendo de las actuales cuestiones de ordenación, es algo más que una condición de la comprensión, es el presupuesto de una

(37) Vid. G. KALINOWSKI, «Introducción...», *op. cit.*, págs. 164 y sigs. y 178 y sigs.

(38) Vid. *mi CAPÍTULO INTRODUCTORIO*: «Notas sobre una concreta jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *mi libro* «Estudios sobre Jurisprudencia Civil. Volumen II. Notas a sentencias sobre Derecho de Familia (1967-1977)», Ed. del «Centro de Estudios Registrales», Impr. J. S. José, S. A., Madrid, 1993, págs. 36-37. Expuse en dicho lugar la referencia y la cita de Josef ESSER.

(39) El artículo de J. ESSER titulado «Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im moedernen Zivilrecht», y publicado en *Archiv für die civilistische Praxis*, 172, Band (52. Band der neuen Folge), 1972, págs. 97-130, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), (Tübingen) había sido citado por mi parte en mi libro antes referido en nota precedente.

(40) Una excelente difusión entre nosotros de la posición de J. ESSER puede verse en el artículo de M. RODRÍGUEZ MOLINERO: «La interpretación» de J. ESSER, en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo III, Madrid, 1986, págs. 41-73, en esp. ep. 5, págs. 67-73. El artículo corresponde íntegramente al Capítulo V del libro de ESSER *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a.M., 1970.

comprensión útil como base de decisión. Esto, en el caso del proceso de la interpretación de Derecho, se convierte en cuestión central... En el planteamiento histórico de la cuestión, el pre-juicio desempeña únicamente el papel de círculo, que comporta siempre la afirmada distancia histórica o la neutralidad, a la vista de una posibilidad de conocimiento y de comprensión simplemente constatadas también históricamente... Para los juristas no se trata de que una determinación precisa del concepto presuponga siempre ya, como quiera que sea, una precomprensión que necesita corrección. Para la interpretación en el Derecho lo decisivo será dirigirse al texto interpretable *con una cierta expectativa de hallar una posibilidad de solución a cuestiones de conflictos*, y que esta expectativa delimite y manifieste las posibilidades de interpretación».

«...El jurista no concibe el texto previamente dado, ni en su relevancia histórica ni sociológicamente, como producto de determinadas fuerzas; a él no le interesa como testimonio de opinión, sino como modelo directivo, pleno de sentido, para su decisión. Él no quiere comprender otra cosa que lo que el texto dice en orden a poder tomar o no, con la ayuda de su *ratio*, su *decisión* "satisfactoria". En este sentido *el acto de aplicación* depende de la posibilidad de comprensión y la posibilidad de comprensión (depende) de la idea de aplicación. Este círculo, que después de lo dicho puede ser entendido como círculo de aplicación de una interpretación dogmática (GADAMER), da precisión a nuestra concepción de que *las representaciones finales de la decisión influyen en la aplicación del Derecho: se tienen en cuenta anticipadamente posibles resultados*, y en base a ellos se decide la comprensibilidad del texto» (41).

• *La interpretación «en función normativa» de J. Vallet*

Tomando como base la dicción de E. BETTI de que la interpretación jurídica (*Doctrina jurídica*) es la especie más importante del género denominado «interpretación en función normativa», considera J. B. VALLET DE GOYTISOLO que:

«Ciertamente, la función de la interpretación jurídica no es específicamente teórica sino práctica. Su objetivo es el de obrar justamente o el de decidir lo que sea justo. En este sentido resulta coherente decir que su función es *normativa...*»

«Entiendo que la función de la normativa jurídica se dirige:

- De una parte, a la configuración de la *res iusta* y a la determinación de *quod iustum est*. Las facultades y deberes jurídicos son consideradas en función de esta finalidad básica del derecho.
- Y, de otra parte, al ser estas normas instrumentales, están dirigidas a la finalidad de obtener, en cada caso, un resultado justo» (42).

(41) Vid. J. ESSER, «La Interpretación», *op. cit.*, en nota 40 precedente, en especial págs. 70 y sigs. (los subrayados en cursiva son obra mía: J. C. G.).

(42) Vid. J. B. VALLET DE GOYTISOLO, «Panorámica general de la interpretación jurídica». Discurso leído el 13 de noviembre de 1995 en la sesión inaugural del curso académico 1995-1996, Ed. de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Impr.

Hay que tener en cuenta, como notaba A. HERNÁNDEZ GIL y nos recuerda ahora J. VALLET, que las normas jurídicas no son necesariamente preceptivas o imperativas, dado que también las hay meramente dispositivas y, además, hay partes descriptivas en las normas prescriptivas como son las referencias a la realidad factual o social objeto de la ordenación jurídica.

A la referida distinción de normas jurídicas —básicamente, la contraposición entre normas imperativas y normas dispositivas— se han referido multitud de autores, en cuya exposición no entro. Cuestión ésta —nos recuerda VALLET— que se halla íntimamente relacionada con *el concepto de ley* que cada uno adopte. Ahora bien, sea cual fuere la posición adoptada, en todos los casos las leyes tienen *un carácter instrumental* en la tarea de interpretación jurídica.

Al citado carácter *instrumental* ha dedicado J. VALLET notables páginas esclarecedoras en su magistral exposición, adonde aquí remito (43). Para VALLET las leyes son instrumentos para hacer justicia en el supuesto concreto de que se trate, sea negocialmente o bien en caso de conflicto: lo cual *presupone* que la interpretación tiene *una función mediadora* entre la justicia y el hecho concreto respecto del cual se trata de configurar la *res iusta* o de determinar el *quod iustum est*. Ese criterio teleológico objetivo de la interpretación dirigido a la adecuación de la ley a la solución justa del caso deriva de las tesis de ARISTÓTELES y era también propugnado por F. DE CASTRO. Por otro lado, todos los autores que han comentado el nuevo artículo 3.1 del Código Civil reformado en 1974 (A. HERNÁNDEZ GIL, L. DíEZ-PICAZO, etc.) han defendido un tipo de interpretación basado en un método *histórico-evolutivo*, que tiene en cuenta la movilidad, el cambio, en la realidad social.

Recuerda VALLET la argumentación de H. G. GADAMER cuando dice que «la interpretación no es mera reproducción o mero referir el texto transmitido, sino que es como una nueva creación del comprender». Contrasta GADAMER *el saber técnico y el saber ético-práctico* y los contrapone: en cuanto a su aplicación, concreción o determinación, en la relación conceptual medios-fines, y en el modo de comprender (44).

Entiende VALLET como ideas conclusivas en este punto que la interpretación es *en parte normativa* —en cuanto trata de la determinación o concreción en la vida social de algo que resulta justo en el caso examinado o enjuiciado— y *en parte no normativa* en el modo de aplicación por estar

AGUIRRE, Madrid, 1995, pág. 38 (subrayados míos: J. C. G.). Las posteriores citas de J. B. VALLET DE GOYTISOLO van referidas al DISCURSO precitado recogido en dicha publicación de la RAJL de Madrid de 1995.

(43) Vid. J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, págs. 49-65; y allí, la diferenciación cuidadosa entre tres *tipos* de leyes: las leyes como normas flexibles, moldeables y adecuadas a las diversas circunstancias que se presenten; las leyes flexibles y adaptables a través de suposiciones o ficciones hasta ciertos límites, y las leyes como instrumentos inmóviles.

(44) Vid. J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, págs. 68 y 69 y sigs.

ya regulada en un modelo normativo como especie de una actividad técnica (45).

Toda la precedente exposición de J. B. VALLET DE GOYTISOLO le permite llegar al resultado de entender la interpretación del Derecho dentro de un esquema *funcional*. Tras repasar las argumentaciones de CASALS COLLDE-CARRERA y de FIGA FAURA (en síntesis, las teorías acerca de: en el principio fue la norma, en el principio fue el problema, en el principio fue el caos), entiende VALLET que «en el principio es el “circulo hermenéutico de la *pre-comprensión*”» (46).

Sobre la *etapa posterior* a esa «precomprensión» en el proceso intelectualivo interpretativo, propone J. B. VALLET los siguientes pasos en el iter expostivo:

- a) *Diagnosis jurídica de los hechos*, o sea, formulación del *hecho del caso* a partir del *hecho fruto* planteado y comprobado.
- b) *Selección* de las normas, pautas de valor y principios utilizables para la resolución adecuada.
- c) *Intelección* de las normas elegidas a dicho fin.
- d) *Conexión hechos-derecho* y formulación de la *quaestio*.
- e) *Concreción* de lo interpretado como *explicación jurídica del hecho*, o sea, *del derecho que en éste subyace*, es observado con sentido jurídico, y razonado del mismo modo...» (47).

Hay que concluir, por mi parte, que esta magistral exposición de J. B. VALLET DE GOYTISOLO me ha servido de excelente guía en mi camino expostivo subsiguiente.

• *La interpretación «comparativa» de la doctrina italiana*

• T. ASCARELLI. En su muy interesante trabajo, cuyo solapado propóposito final es el de la *comparación global* («aproximación», en el decir del autor) entre los sistemas codificados y los no codificados, acude a la vía

(45) Vid. J. B. VALLET, *op. cit.*, págs. 77-78.

(46) Vid. J. B. VALLET, *op. cit.*, págs. 82 y sigs., en especial pág. 84.

Aquí, a mi parecer, habría que vincular este punto con la exposición de Josef ESSER acerca de la «precomprensión», a la que hace ya algún tiempo dediqué algunas consideraciones (vid. antes notas 38 y 39).

En ese sentido, parece, a mi juicio, conveniente reiterar lo expuesto por mi parte en el Capítulo titulado «Notas sobre una concreta jurisprudencia del Tribunal Supremo», introductorio a mis comentarios sobre sentencias acerca del Derecho de Familia: vid. *en mi libro Estudios sobre la Jurisprudencia Civil. Volumen II (Notas a sentencias sobre Derecho de Familia. 1967-1977)*», con prólogo de don Luis DíEZ-PICAZO, págs. 17 a 49, muy en especial las págs. 36-37.

(47) Vid. J. B. VALLET, *op. cit.*, págs. 92-93.

de la interpretación como presupuesto de las técnicas de Derecho comparado (48).

Entiende ASCARELLI que, dado el *presupuesto* de los codificadores del siglo XIX (con su pretensión de que el órgano legislativo se reserva por sí y para sí toda función en el desenvolvimiento del derecho) en cuanto a su concepto del derecho, todo tipo de *interpretación* se entiende o dispensable o peligrosa: esto es, toda interpretación se considera rigurosamente «declarativa» (49). Esta «declaratividad» de la interpretación únicamente debe de entenderse referida a la ley, única fuente de derecho. A su vez, este carácter «declarativo» de la interpretación se armoniza con la adopción de un método meramente «deductivo» en cuanto a la aplicación del derecho.

Como contrapunto, presenta ASCARELLI el sistema inglés (sistema no codificado) en el que la solución del caso debatido se presenta como un resultado no lógico-deductivo, sino experimental: esta orientación experimental confía en la razón y en las reglas propias de cada uno de institutos jurídicos, pero desconfía de una construcción apriorística general y definitiva (50).

Consecuente con su pensamiento, para ASCARELLI el tema de las *lagunas* (*colisión de normas*) en cada sistema jurídico es siempre una consecuencia de la mutabilidad y de la concreción de los problemas vitales en contraste con la necesaria fijeza y abstracción de cualquier *corpus iuris*. Las «lagunas» vienen a ser —nos dice— un ejemplo «macroscópico» de *la función del intérprete* en el desenvolvimiento del derecho: función ésta que es la propia de cualquier interpretación, precisamente debido a la necesidad de aplicar continuamente el derecho preconstituido a la vida social en su concreción y en su ininterrumpido desenvolvimiento.

La técnica de la interpretación consiste en que el intérprete, al elaborar la solución para el concreto caso debatido, no puede considerarlo como un caso único, sino que debe tratarlo *como caso típico* y considerarlo bajo sus características típicas, de manera que la solución debe siempre y necesariamente coordinarse con un principio de carácter general, pero idéntico para

(48) Vid. T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Ed. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1952, en especial págs. 182 y sigs. y 193 y sigs. (resumen y subrayados míos: J. C. G.).

(49) Cita ASCARELLI la exclamación de NAPOLEÓN al enterarse de la publicación del «primer comentario» al Code Civil: «Mon Code est perdu!» (*op. cit.*, pág. 176).

(50) Presenta ASCARELLI la famosa exposición del juez HOLMES, aquí resumida como sigue:

«The life of the law has not been logic: it has been experience... *The substance of the law* at any given time pretty nearly correspond, so far as it goes, which what is than understood to be convenient; but *its form and machinery and the degree to which it is able to work out desiderest result*, depend very much upon its past» (vid. en ASCARELLI, nota 61, pág. 178: resumen y subrayados míos: J. C. G.).

todos los casos de la misma especie (51). Para todo lo cual considera aprovechables, como *instrumentales*, el tipo de argumentaciones *lógico-dogmáticas*, las cuales, a su vez, deben estar en correspondencia —interdependencia— con la *actitud* o *planteamiento general* del intérprete respectivo.

Mantiene el autor la característica de la «declaratividad» para toda interpretación, declaratividad que la entiende en dos sentidos: uno (amplio), como expresión de la exigencia de continuidad en el desenvolvimiento jurídico (requisito, a su vez, conectado con el *fundamental* de la certeza del derecho y de la uniformidad en su aplicación); otro, como exigencia de que la solución jurídica del caso concreto sea concorde con una norma correspondiente a la justicia. En cada uno de los diferentes sistemas (codificados, no codificados) los medios técnicos adoptados para satisfacer estas exigencias apuntadas son diversos: diversidad, a su vez, conectada con el rigor con el que es entendido el monopolio de determinados órganos de producción del derecho, y, por consiguiente, con la diversa orientación acerca del fundamento del derecho y con la diversa organización de la división de poderes.

• T. RAVÀ. En un interesante trabajo, partiendo de la comparación como *interpretación* y desarrollando los distintos aspectos de uno y otro concepto, llega a la de-limitación de qué cosa deba entenderse como «interpretación comparativa» (52). Para este autor, el *presupuesto básico* es el de si el derecho como concepto sea cosa distinta existente *per se* más allá de los operadores jurídicos. Entiende que, dado que no existe derecho sin interpretación (ésta siendo elemento constitutivo de aquél), el derecho comparado debe ser entendido como interpretación comparativa (lo que *presupone* —según él— que toda interpretación es siempre *creativa*, no declarativa: el derecho nace por mediación suya).

Entiende RAVÀ que existe una imposibilidad total de una comparación directa entre varios sistemas. Además, la actividad comparativa en el campo del derecho exige, sobre todo, una identificación y una valoración de las normas jurídicas de cada ordenamiento, lo que *presupone*: un conocimiento de la variedad de normas sociales correspondientes, de las manifestaciones jurídicas, de las costumbres, de las técnicas jurídicas consiguientes, de los tipos distintos de codificaciones, de las decisiones jurisprudenciales, de las obras doctrinales, etc.

A la vista de todo ello, entiende RAVÀ que su investigación en torno al *objeto* de la comparación jurídica desemboca en una alternativa: o bien el

(51) Cita ASCARELLI la célebre contraposición de PASCAL, en orden a la interpretación: de un lado, el «esprit de finesse»; de otro lado, el «esprit de geometrie» (*op. cit.*, pág. 193).

(52) Vid. T. RAVÀ, «L'interpretazione comparativa», en el vol. *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Diritto Civile, T. II, Ed. Cedam, Padova, 1970, págs. 503 y sigs., en especial págs. 522 y sigs. (resumen y subrayados míos: J. C. G.).

derecho se identifica con los *hechos* en los que se manifiesta (ley, sentencia, obras doctrinales), de manera que la comparación jurídica es imposible por defecto de homogeneidad de tales hechos; o bien se plantea como premisa la comparabilidad, partiendo de la idea de que el derecho es el producto de una actividad humana que refleja por su naturaleza la humanidad de cada uno. En el caso primero deriva el derecho del poder político; en el caso segundo, el derecho reside en los argumentos jurídicos —cualquiera que sea su autor (legislador, juez, jurista)— de los que se desprende el espíritu sistemático, que impregna las cualidades de normatividad e igualdad de sus elementos.

Obviamente, donde se acoge la segunda alternativa, el derecho comparado es posible, pero replantea el eterno problema de la *interpretación*. Frente a la acostumbrada ficción que atribuye el intérprete el «precisar, ilustrar, desenvolver, conceptos implícitos en la ley y por tanto impuestos soberanamente por la voluntad de un mítico o simbólico legislador» —*sic*—, entiende RAVÀ que «la actividad comparativa tiene como presupuesto la creatividad, la verdadera y propia creatividad, de la interpretación, que es su carácter constitutivo». Frente a la interpretación de la voluntad del legislador, que llama «histórica», la interpretación de los conceptos relativos a los actos y a las relaciones no puede ser más que teórica y sistemática. El comparatista debe construir conceptos y sistemas de conceptos, capaces de profundizar en la interpretación de los diversos ordenamientos en examen y de este modo prepararlos espontáneamente hacia la unificación —*sic*—. De esta manera la interpretación comparativa podría dar lugar a una cultura jurídica más amplia de las actuales culturas nacionales, y renovarlas.

Si, por consiguiente, la interpretación comparativa tiene por *objeto* el resultado de la interpretación «sistemática», y siendo *el sistema* el fruto de una lentísima y ardua elaboración y colaboración («el sistema no nace perfecto como MINERVA del cerebro de JÚPITER», nos dice), el comparatista se encuentra ante un obstáculo aparentemente insalvable dado que el material —el *objeto* de su análisis— se le presenta con un carácter desigual y fragmentario.

- *La función de la interpretación en el proceso de aplicación de la ley en K. Larenz*

El maestro alemán describe *la misión de la interpretación* con estas palabras:

«“Interpretar” es “un hacer mediador, por el cual el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático”. El texto de la norma es problemático para quien lo aplica atendiendo a la aplicabilidad de la norma a un hecho de tal clase. El que el significado preciso de un texto legal sea constantemente problemático, depende, en primer lugar, de que el lenguaje usual, del que la ley se sirve ampliamente, no utiliza, a diferencia de una lógica

matematificada y del lenguaje de la ciencia, conceptos cuyo ámbito esté exactamente fijado, sino términos más o menos flexibles, cuyo posible significado se balancea dentro de una ancha cinta, y que puede ser distinto según las circunstancias, la relación objetiva y el contexto del discurso, la posición de la frase y el acento de una palabra. Incluso cuando se trata de conceptos en alguna medida fijos, éstos contienen con frecuencia notas distintivas que, por su parte, carecen de una delimitación tajante...»

«El objeto de la interpretación es el texto legal como “portador” del sentido en él depositado, de cuya comprensión se trata en la interpretación. “Interpretación” es, si nos atenemos al sentido de las palabras, la “separación”, difusión y exposición del sentido dispuesto en el texto, pero, en cierto modo, todavía oculto. Mediante la interpretación “se hace hablar” a este sentido (HRUSCHKA), es decir, éste es enunciado con otras palabras más claras, expresado más precisamente y hecho comunicable...»

«La tarea de la interpretación se la reparten la jurisprudencia de los tribunales y la ciencia del Derecho, de modo que ésta facilita, en cierto modo, el trabajo a la jurisprudencia de los tribunales, al mostrar los problemas de la interpretación y las vías para su solución; pero aquélla somete a prueba los resultados en la confrontación con la problemática del caso particular y, por tanto, necesita constantemente de la ciencia del Derecho para la verificación...»

«Si bien es cierto que toda interpretación particular, debida a un tribunal o a la ciencia del Derecho, abriga, necesariamente, la pretensión de ser interpretación “recta”, en el sentido de conocimiento adecuado, suficientemente apoyado en razones comprensibles, no existe, sin embargo, una interpretación “absolutamente recta” en el sentido de que sea definitiva como válida para todos los tiempos. Nunca es definitiva, porque la inabarcable variedad y el continuo cambio de las relaciones de la vida ponen constantemente al que aplica las normas ante nuevas cuestiones...» (53).

• *La perspectiva de la interpretación en L. Díez-Picazo*

El autor investiga cómo incide la función interpretativa dentro del campo jurídico y analiza las diversas concepciones del Derecho.

Además del análisis de la posición *imperativista*, que entiende que la interpretación se desenvuelve exclusivamente en el campo de las normas o de los preceptos subordinados a ellas (rigurosamente dicho, sería una interpretación *normativa*), considera que hay que indagar el alcance que tienen los conceptos propiamente jurídicos utilizados en la respectiva «proposición normativa» y que habrá que puntualizar los conceptos indeterminados y que precisan una cierta atribución de una carga de valor. Todo ello viene a reconducirse a la idea de que la tarea interpretativa comprende una serie de actividades que no siempre tienen el mismo signo... (54).

(53) Vid. K. LARENZ, «Metodología...», *op. cit.*, págs. 308-309 y 310 y sigs.

(54) Vid. L. DIEZ-PICAZO, «Experiencias...», *op. cit.*, págs. 236 y sigs.

Diferencia L. Díez-PICAZO entre un tipo de interpretación *imperativista* (en el que la interpretación se reduce a la investigación del sentido o de la significación de la norma aplicable) y un tipo de interpretación como averiguación de un *iustum* concreto (en el que la interpretación se transforma en todo un conjunto de actividades que han de ser puestas en práctica para llevar a cabo la investigación o la búsqueda auténtica del Derecho o de lo que «es derecho», es decir, el *iustum* concreto). En este *segundo tipo* de interpretación la investigación se convierte en una difícil y delicada tarea, en la cual el Derecho *no se crea* evidentemente (porque preexiste en cuanto que es objeto de una búsqueda), pero *sí se recrea* (en cuanto que es necesario adaptarlo y readaptarlo). *La interpretación es pues siempre una operación total*: no cabe la escisión entre lo fáctico y lo normativo, no cabe situar la interpretación sólo en el campo de lo normativo, no cabe limitarla a la pura atribución de sentido de una norma. De algún modo, *las operaciones* de selección de normas para operar sobre ellas, de reconstrucción de la norma partiendo de los textos o de los hechos o signos a través de los cuales externamente se manifiesta, y de atribución de sentido o de significado, *son entre sí inescindibles* (55). Para Díez-PICAZO, en suma, «*la interpretación, concebida como operación total de búsqueda del Derecho, es una operación que no se produce sólo en el terreno de la decisión de los casos concretos, la interpretación es una actividad de perfiles mucho más amplios... Una actividad interpretativa se lleva a cabo, también, en la tarea de investigación teórica del Derecho...*» (56)

2. LOS CÁNONES DE INTERPRETACIÓN

Quizás no está de más el aludir a la variadísima colección de *tipos* o *medios* de argumentación que suelen presentar los autores, cuya selección queda como sigue:

CH. PERELMAN

Indica los siguientes argumentos de interpretación:

- «1. El argumento *a contrario*.
2. El argumento *a simili* o argumento analógico.
3. El argumento *a fortiori*.
4. El argumento *a completudine*.
5. El argumento *a coherentia*.

(55) Vid. L. Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 240 y sigs. (resumen y subrayados míos: J. C. G.).

(56) Vid. L. Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 244-246 (resumen y subrayados míos: J. C. G.).

6. El argumento psicológico.
7. El argumento histórico.
8. El argumento apagógico.
9. El argumento teleológico.
10. El argumento económico.
11. El argumento *ad exemplo*.
12. El argumento sistemático.
13. El argumento naturalista» (57).

R. ALEXY

Analiza los cánones de la interpretación y su papel en el discurso jurídico como sigue:

«Los cánones de la interpretación han sido, desde Savigny, objeto de muchas discusiones. Hasta hoy no hay acuerdo en cuanto a su número, su formulación precisa, su jerarquía y su valor. Tiene poco sentido tomar postura en esta disputa sin saber lo que son estos cánones. Por ello, hay que tratar en primer lugar de su estructura lógica.

...

Una de las tareas más importantes de los cánones consiste en la fundamentación de tales interpretaciones. Sin embargo, su función no se agota aquí. Se pueden utilizar también directamente en la fundamentación de normas no positivas, así como en la fundamentación de muchos otros enunciados jurídicos.

La discusión sobre los cánones que sigue no tiene la finalidad de suministrar un análisis ni completo ni detallado de las formas de argumentación que se sintetizan tradicionalmente con los argumentos interpretativos. Su sentido consiste simplemente en aclarar la función de estas formas de argumentación en el discurso jurídico. A tal efecto, es suficiente con destacar algunas características típicas de algunas formas. Para ello, los cánones pueden agruparse en seis grupos: los de la interpretación semántica, genética, histórica, comparativa, sistemática y teleológica. Se mostrará que estos grupos constituyen clases bastante distintas de formas de argumentos.»

«Para clarificar el papel de los cánones en el discurso jurídico hay que distinguir seis puntos: (1) el campo de su aplicabilidad, (2) su status lógico, (3) el requisito de saturación, (4) las diversas funciones de las diversas formas, (5) el problema de su jerarquía, y (6) la resolución del problema de la jerarquía en la teoría del discurso jurídico» (58).

(57) Vid. CH. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, traducción de Luis Díez-PICAZO, Editorial Civitas, S. A., Impr. Gráficas Carasa, Madrid, 1979, pág. 78.

(58) Vid. R. ALEXY, «Teoría de la argumentación...», *op. cit.*, págs. 225 y sigs., y 234 y sigs.

L. Díez-PICAZO

Analiza detalladamente las opciones del intérprete y los criterios hermenéuticos, en su conocida obra, a la que me remito (59).

V. DE LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL (ARTS. 1271-2.º, 816 y 658) PROHIBITIVA DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL, EN ESPECIAL

1. LOS DIFERENTES CÁNONES INTERPRETATIVOS DE APLICACIÓN AL TEMA OBJETO DE INVESTIGACIÓN

Anteriormente se había aludido a los diferentes perfiles o aspectos del tema objeto de investigación, y el autor procedió a su desenvolvimiento y al empleo en profundidad de los posibles cánones de interpretación aplicables al tema.

En el apartado precedente se ha hecho referencia a los diferentes *cánones* de la interpretación habitualmente utilizados en la argumentación jurídica por los autores.

Parece conveniente la no utilización de varios de los referidos cánones interpretativos en este lugar y en esta especial aplicación a la normativa aquí presentada y analizada, por la obvia consideración de que la extensión de tal uso desbordaría por completo los límites de este pequeño trabajo.

Por consiguiente, aclarada esa posible duda inicial, queda concretada la interpretación de la normativa aquí analizada al empleo exclusivo e intensivo del denominado *canon semántico*. Así se efectúa seguidamente.

2. EL CANON SEMÁNTICO (FILOLÓGICO, GRAMATICAL)

Posiciones doctrinales

J. PUIG BRUTAU

A lo largo de su abundante obra, este autor siempre intentó el *acercamiento* de la realidad social al ordenamiento normativo y ello se refleja en su muy interesante «tratado» (titulado «Fundamentos de Derecho Civil») y sus acertados comentarios acerca de los conceptos jurídicos, las instituciones y las sentencias del TS.

(59) Vid. L. Díez-PICAZO, «Experiencias...», *op. cit.*, Capítulo XIII, pág. 247, y Capítulo XIV, págs. 262 y sigs.

En una interesantísima aportación nos decía así:

«Sin duda es un error estimar que existe un abismo infranqueable entre las disciplinas normativas y las fundadas en la observación de la realidad social. Se olvida que toda normatividad, que todo “deber ser”, es de naturaleza esencialmente transitiva, por lo que su estudio no puede ser independiente de la observación de la realidad social, de lo que las cosas efectivamente son. Lo que podría llamarse el “impacto” de la norma en la sociedad es el verdadero objeto de una posible ciencia del Derecho...

...Pero, aunque de manera indirecta e insuficiente, esta lógica formal, que está en la base de la jurisprudencia de conceptos, no ha dejado de cumplir una función muy distinta de la que pretende realizar. En definitiva, un mismo cuerpo de Derecho, como nuestro Código Civil, puede ser el punto de referencia de una intensa evolución jurídica. Basta que la especulación doctrinal permita al juzgador “interpretar” los mismos artículos según conceptos diferentes de los que estaban admitidos al tiempo de la promulgación. *La doctrina jurídica des-empaña, entre nosotros, la función de gran mediadora entre unos textos anticuados y unas nuevas necesidades.* Esta realidad es la que merece ser objeto de investigación científica: no se trata de saber, por ejemplo, si se ha admitido el contrato a favor de tercero en virtud del valor intrínseco de las llamadas teorías..., sino de averiguar cuándo se presentó la verdadera necesidad de su admisión y cuándo fue atendida por alguna de esas razones que no representan mas que un sucedáneo de la legislación y suplen las deficiencias de ésta.

Cuando nuestros autores, en uso de su arbitrio *doctrinal*, han dado a los preceptos vigentes una configuración determinada, diferente de la que hasta el momento ha prevalecido en la aplicación del Derecho, se muestran decididos partidarios de excluir el arbitrio *judicial*. Este no deja verdaderamente de existir, pero no necesita ser reconocido porque actúa en el sector nuevamente acotado por la doctrina y en el que se hallan ya reconciliadas, en la medida de lo posible, las necesidades prácticas con la letra de la ley.

Resulta, pues, que *la doctrina jurídica parece proponerse la misión* de hallar en qué casos lo conveniente puede adoptarse por ser compatible con lo que oficialmente está proclamado como Derecho. *Pero, ¿no sería preferible dedicar tanto esfuerzo a la investigación directa de lo que conviene resolver en vista del interés social?»* (60).

Palabras increíblemente *prospectivas* del desaparecido autor que parecen vienen como anillo al dedo al tema de nuestra investigación.

(60) Me refiero a su *presentación* (Prólogo del traductor) en los «años cincuenta» a una entonces casi desconocida obra de un autor norteamericano: vid. L. J. LOEVINGER, *Una introducción a la lógica jurídica*, traducción y prólogo de José PUIG BRUTAU, Bosch Casa Editorial, Impr. Clarasó, Barcelona, 1954, págs. 9, 21-22 y 27 (los subrayados muy especialmente son obra mía: J. C. G.).

L. J. LOEVINGER

En la presentación de su libro nos recuerda una gran verdad:

«Casi todos los hombres admiten que no son hermosos. Muchos reconocen que no son fuertes. Pero ninguno confesará que no procede con lógica» (61).

Aludió el autor citado a lo que entonces se consideró *una parte* de la lógica: la SEMÁNTICA. Entendía estaban íntimamente relacionadas, dado que el núcleo de lo propiamente significativo se centra en las inter-relaciones entre símbolos (lógica silogística) y símbolos (lógica algebraica) y entre símbolos y cosas (62). Entiende LOEVINGER que:

«*Los principios semánticos de la lógica moderna* requieren que se determine cuidadosamente el encuadramiento o marco de referencia que será utilizado... B) *El punto de vista o marco de referencia lógico* implica una aproximación al tema completamente diferente (respecto del punto de vista *aparente*). Si en el nivel de lo aparente el análisis admite el lenguaje de las opiniones jurídicas sustancialmente por su valor nominal, el análisis lógico indaga el sentido implicado en las palabras y en el texto redactado... La lógica, en el léxico moderno, es un meta-lenguaje. Para expresarlo con sencillez, el lenguaje es un sistema de palabras que se refieren a objetos o cosas, en tanto que la lógica constituye un sistema de palabras que se refiere al lenguaje; o, como lo expresa CARNAP, la lógica es la sintaxis del lenguaje...

...*Cuando la investigación se extiende más allá del lenguaje usado* para alcanzar su significado e implicaciones, o bien la forma del razonamiento empleado, *en tal caso se adopta el punto de vista lógico*. Las preguntas que pueden ser formuladas dentro de este marco de referencia son: ¿Qué sentido poseen los términos y contextos usados? ¿Qué está implicado en los principios y conclusiones adoptadas? ¿Cuál es la forma del razonamiento empleado? ¿Se trata de una forma de razonar adecuada, dadas las circunstancias?

Resulta imposible, en poco espacio, dar cuenta adecuada de la moderna SEMÁNTICA. *El examen riguroso del significado de los símbolos*, no sólo es una disciplina independiente, sino también, en gran medida, el fundamento de otras ramas de la lógica y de la ciencia de nuestros días. Sin embargo, es posible esbozar cuando menos *algunas de las hipótesis de trabajo de la semántica*

(61) Vid. L. J. LOEVINGER, «Una introducción...», *op. cit.*, en la nota precedente, págs. 29 y sigs., y allí la cita de LA ROCHEFOUCAULD a tal respecto.

(62) Vid. en dicha obra de la nota anterior, págs. 56-57 y allí las notas 27, 35 y 107 y sigs., y allí los nombres de los especialistas en el tema: PFEIFER, BURES, HAYAKAWA, RAPOPORT, OGDEN, RICHARDS, KORZYBSKI, CHASE, WILLIAMS, CARNAP, MORRIS, REICHENBACH, TARSKI, etc.

— Más modernamente, una indispensable referencia a la obra de Georges KALINOWSKI, «Introducción...», *op. cit.*, págs. 46 y sigs., 49-50 y 54 y sigs. Para este autor: «La semántica del derecho implica por tanto la ciencia del derecho que muchos autores, sobre todo alemanes, llaman “dogmática jurídica”... Reducida a lo esencial, la dogmática jurídica cumple una tarea semántica: la definición del sentido de las normas jurídicas».

que parecen particularmente aplicables al proceso jurídico. Expuestas en breves términos, pueden quedar formuladas de la siguiente manera:

- A) El significado de cualquier término es la acción que evoca o a la que se refiere. Es lo que a veces se llama la «definición operativa»...
- B) Una palabra no tiene el mismo sentido en diferentes contextos...
- C) Una palabra no tiene el mismo sentido en tiempos diferentes. Este postulado halla aplicación, en ocasiones, por medio del dispositivo semántico de señalar la fecha correspondiente (*dating*)... Para parafrasear a HOLMES, antes de que las palabras jurídicas puedan ser usadas con propiedad para las operaciones jurídicas, han de ser esterilizadas en ácido semántico.

La fase final del proceso jurídico... consiste en aplicar las consideraciones determinantes o los principios derivados de los *standards* contenidos en las decisiones, a los hechos del caso de que se trate, según ha resultado de la prueba practicada» (63).

Finalmente, el mismo autor sugiere los siguientes *principios* de la lógica moderna, que entiende acabarán necesariamente por constituir *sus reglas fundamentales*:

- «1. El sentido de todas las palabras importantes debería ser analizado al nivel de la conducta concreta.
- 2. Todas las suposiciones implícitas deberían ser explicadas hasta el máximo límite posible.
- 3. Los postulados fundados en hechos deberían ser comprobados empíricamente.
- 4. Las múltiples posibilidades que resultan de algún dato determinado deberían ser reconocidas y sometidas a consideración...
- 5. Debería ser valorada la solidez de todas las deducciones. Éstas no deberían considerarse como “hechos” establecidos, sino como valores probables.
- 6. Las conclusiones sustantivas sólo pueden ser convalidadas por sus consecuencias materiales y no por su simetría formal.

Esta es la lógica de la democracia. Presupone que *no* basta encubrir divergencias con la aplicación de palabras vagas y ambiguas, sino que *su tarea* consiste en proporcionar técnicas para alcanzar algún acuerdo por medios racionales. Supone que todo procedimiento racional exige el análisis semántico de palabras y de conceptos para que su sentido y su encuadramiento sea tan claro y preciso como pueda conseguirse. Supone que semejantes procedimientos racionales, si no logran eliminar las disputas y malentendidos entre los hombres, pueden por lo menos disminuirlos. Supone, finalmente, que el Derecho tiene la importante función y el ideal de promover tanta comprensión mutua como sea posible sobre los temas fundamentales de la convivencia» (64).

(63) Vid. L. J. LOEVINGER, *op. cit.*, págs. 65 y sigs., y 120 y sigs.

(64) Vid. L. J. LOEVINGER, *op. cit.*, págs. 139-140.

Palabras admirables, plenas de sentido común, que suscribo en todos sus términos.

G. KALINOWSKI

Anteriormente he aludido a las reflexiones de este autor en torno a las *proposiciones jurídicas*, en general. En orden al análisis de las *proposiciones normativas* considera los diferentes «elementos» de la norma (sujeto, verbo, cualificación empleada) y distingue entre ellos según su respectiva dependencia: de si la proposición es puramente descriptiva o normativa, o exhortativa o interrogativa o invocativa; de si el sujeto es universal o particular; de si la cualidad es de afirmación o de negación. Sin embargo, en todo caso, el *centro lógico* de toda proposición normativa reside siempre en el verbo utilizado.

Para KALINOWSKI hay determinadas *expresiones* del lenguaje jurídico cuyo *sentido* es presupuesto por el legislador. Así, v. gr., dice:

«Entre las expresiones del lenguaje del derecho, cuyo sentido es presupuesto por el legislador, se encuentran los funtores proposicionales normativos: “...debe hacer...” (“Es obligatorio que...”), “...debe no hacer” (“está prohibido que...”), “...tiene el derecho de hacer...” (“está permitido que...” en el sentido de “si es obligatorio hacerlo, entonces está permitido hacerlo”), “...tiene el derecho de no hacer...” (“está permitido que...” en el sentido de “si está prohibido hacerlo, entonces está permitido no hacerlo”), y “...puede hacerlo y no hacerlo...” (“está permitido que...” en el sentido de “no es obligatorio hacer ni prohibido hacer”). Es evidente que estos funtores pueden ser empleados en cualquier persona del singular o del plural, o revestir la forma impersonal (“es necesario...”, “se tiene derecho”). Por otra parte, cualquier otra expresión, que tenga el mismo sentido en el lenguaje jurídico, puede ser sustituida por el functor nombrado que le corresponda...

Las definiciones, explícitas o implícitas, de las expresiones del lenguaje del derecho forman parte como todas las definiciones de expresiones, de *las reglas de sustitución*. Pero es necesario hacer notar al respecto *una particularidad del sistema del derecho en relación con los sistemas* de que hemos hablado en el párrafo precedente. Mientras que las reglas de sustitución de *los sistemas lógicos o matemáticos*, por ejemplo, pertenecen a sus metasistemas, *las del sistema del derecho* están tácitamente admitidas: son, ellas también, normas jurídicas. *Explicitadas, corresponden al esquema siguiente*: “El que debe aplicar el derecho, debe entender por tal o cual expresión esto y lo otro” (en términos más precisos: “debe sustituir el término en cuestión por la expresión homeomorfa —que tenga la misma forma gráfica— a aquella por la que dicho término es definido, explícita e implícitamente, por el derecho”). Esto nos revela la naturaleza del lenguaje del derecho. Dado que el sistema del derecho cuenta entre sus normas las reglas de sustitución, su lenguaje no es un lenguaje-objeto, pues contiene los nombres de sus expresiones. La pertenencia de las reglas de sustitución al sistema del derecho es una consecuencia de su carácter de reglas de interpretación del derecho, las cuales forman parte del

sistema del derecho, dotando a su lenguaje con los nombres de sus propias expresiones.

Las proposiciones que se pueden formular en el lenguaje del derecho según sus reglas sintácticas, tiene en principio la siguiente estructura: contienen uno de los funtores normativos arriba indicados precedido por el nombre, general o individual, de un sujeto de derecho y seguido, por otro nombre, igualmente general o individual, de una acción de derecho (en el caso en que la proposición normativa jurídica contenga un nombre general, éste se halla afectado por un cuantificador). *Pero, en realidad, las proposiciones que significan normas jurídicas en la forma de las proposiciones normativas* descritas más arriba (cuando lo hace, emplea a menudo la forma impersonal “es necesario...”, “se debe...”, etc.). El legislador habla, casi siempre, como si comprobara, o bien emplea el futuro. En su interesante estudio, Ray trata de determinar las causas de este fenómeno. *La forma enunciativa, descriptiva y no prescriptiva*, no es, a su juicio, una casualidad o una fantasía del legislador. “Es la manifestación del estado de un derecho que ha alcanzado un momento determinado de su evolución”, declara. *El legislador prefiere describir las instituciones jurídicas antes que establecer directamente reglas. Pero la forma lingüística de sus textos no altera en lo más mínimo el carácter normativo del derecho*. Pero, por otro lado, complica la tarea del estudioso del lenguaje del derecho, ya que se hace necesario distinguir la sintaxis del derecho teóricamente normal, que es la de las proposiciones normativas, y la sintaxis prácticamente normal (la más frecuente), que es precisamente la de las proposiciones teóricas, enunciativas, descriptivas» (65).

En definitiva, como ha descrito ya el autor, para los lógicos *jurídicos* la *estructura* de la «proposición normativa» se reduce a una *función*, compuesta sólo por un functor proposicional normativo (que simboliza la obligación o la permisión) y por una variable proposicional. Esta variable puede ir «ligada» por un cuantificador (universal o existencial). O, de otro modo, las funciones proposicionales normativas se transforman en proposiciones normativas por medio de tres procedimientos: la individualización, la particularización y la universalización (66).

(65) Vid. G. KALINOWSKI, «Introducción...», *op. cit.*, págs. 47-50 (subrayados míos: J. C. G.).

— En el mismo sentido, la interpretación desarrollada por Rodolfo Bozzi, *La lógica deóntica di Georges Kalinowski*, volumen de las Publicaciones de la Facultad Jurídica de la Universidad de Bari, Editore Jovene, Napoli, 1984: págs. 11 y sigs., 19 y sigs. y 43 y sigs., muy en especial págs. 121 y sigs.

(66) Vid. G. KALINOWSKI, «Introducción...», *op. cit.*, págs. 84 y sigs. y 88 y sigs.

— Para un desarrollo lógico de la argumentación *semántica*, vid. R. ALEXY, *op. cit.*, págs. 226 y sigs.

R. HERNÁNDEZ MARÍN

De la interesante aportación de este autor, a la que me he referido en otros lugares, selecciono aquí sus reflexiones en torno a la filosofía del lenguaje jurídico a partir de la *semiótica* (clases de enunciados jurídicos desde el punto de vista semántico y desde el punto de vista pragmático) y en torno a la interpretación de las normas jurídicas (análisis de las definiciones, ficciones, presunciones, remisiones, permisiones, etc.) (67).

De entre tales argumentaciones de este autor recojo aquí las referentes a las *clases* de normas jurídicas (individuales y generales, categóricas e hipotéticas, primarias y secundarias, dependientes e independientes, imperativas y dispositivas, remisiones y reglas de rechazo) y a los posibles *enunciados jurídicos* (prescriptivos, cualificatorios, asertivos, metalingüísticos y metajurídicos) (68).

L. DíEZ-PICAZO

Como en otros lugares he apuntado, quien esto suscribe sigue siendo tributario de los habituales *tópicos jurídicos* del buen hacer expositivo y magisterio de L. DíEZ-PICAZO, tanto en lo referente a las *clases* de normas jurídicas como en tema de interpretación y de *cánones hermenéuticos* a utilizar por el intérprete.

En orden a las *clases* de normas, la terminología del autor citado, que es la habitual en mi exposición, y que aquí sigo, es ésta: reglas heredadas o implantadas, organizativas o estimativas, imperativas o permisivas, de estructura o de conducta, norma y texto legal, normas básicas y derivadas, normas «principales» y principios jurídicos (69).

(67) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, «Introducción a la teoría de la norma jurídica», *op. cit.*, págs. 41 y sigs., 165 y sigs. y 269 y sigs.

Para el autor, una *proposición* (distinta de un *concepto*) es una «entidad semántica». — Como en otro lugar he apuntado, a pesar de lo atractivo e interesante de las argumentaciones de este autor y de su denuncia crítica de la *terminología habitual* utilizada por nuestros maestros civilistas —terminología de la que soy deudor—, quien esto suscribe no va a introducir excesivos cambios y pretende, en este sentido, el «continuidad» de nuestro «hablar» civilista de siempre.

(68) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *op. cit. últ.*, págs. 197 y sigs., y 185 y sigs. y 229 y sigs.

— Vid. también la obra de Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ed. Ariel, S. A., 1.ª edición, Barcelona, septiembre de 1996: págs. 19 y sigs., 58 y sigs., en especial págs. 91 y sigs., 123 y sigs., y 165 y sigs. Muy a resaltar la referencia al *término* «enunciado jurídico» como una oración lingüística *significativa* (esto es, *interpretada*).

(69) Vid. L. DíEZ-PICAZO, «Experiencias...», *op. cit.*, págs. 27 y sigs., 49 y sigs., 62 y sigs., 85 y sigs. y 212 y sigs.

En orden a los *cánones o criterios hermenéuticos* de que puede servirse el intérprete, y en cuanto a la que denomina *interpretación gramatical o filológica*, nos dice L. DíEZ-PICAZO:

«Ante todo, en la investigación *gramatical* existe lo que podríamos llamar una interpretación *semántica o filológica*. Mediante ella se trata de fijar el sentido o los posibles sentidos que posee cada una de las palabras intercaladas en el texto, considerando cada palabra en sí misma. La palabra utilizada en la ley opera como un instrumento del pensamiento. Refleja el pensamiento que guió al que pronunció la palabra o redactó el texto. Al mismo tiempo, la palabra sirve de instrumento y de vehículo en el proceso de comunicación y suscita una serie de ideas en el destinatario, es decir, en el lector o en el oyente. La palabra funciona así en cuanto expresión de la idea del emiteinte y en cuanto causa de la idea del destinatario. Pues bien, la *interpretación semántica* es una fijación de la relación entre la palabra y las ideas de las que puede ser reflejo o causa. Esta fijación debe hacerse en una forma que sea *coherente con el conjunto del texto y con el contexto o situación* que el texto presupone...

La fijación gramatical del sentido de la palabra exige un *análisis del lenguaje, que deberá entenderse referido fundamentalmente a los usos lingüísticos de la comunidad histórica de la cual el texto procede... y a los peculiares usos lingüísticos o de técnica del lenguaje empleados por el concreto legislador de que se trate o de aquel de quien el texto proceda...* El análisis lingüístico puede proporcionar también *el sentido* que podemos llamar *usual o vulgar*, es decir, *el sentido general* en una comunidad determinada y *el sentir técnico-jurídico*, es decir, el significado peculiar que la palabra recibe en el lenguaje de los juristas...

En rigor, la gramática, como ha señalado FERRATER MORA, funciona a base de *puras convenciones...* La mayor parte de las veces el lenguaje procede a través de puras convenciones, o de usos y hábitos, y de los “modos de hablar” que se hallan entretnejidos con los del vivir y del actuar. En el lenguaje ordinario, el descubrimiento del sentido se produce normalmente a través del contexto. *En el lenguaje legal* ello es mucho más difícil y a veces imposible, por cuanto que el contexto o no existe o es sumamente borroso...

La gramática y la lingüística proporcionan al jurista una serie de materiales. Se trata sin embargo, de unos materiales que han de ser más tarde *utilizados* por el razonamiento jurídico, *pero que no lo sustituyen*. Por eso, la gramática *no es nunca* un tipo de interpretación jurídica, *sino una investigación previa* a la verdadera y genuina interpretación...» (70).

Es notorio que el autor que suscribe participa, *en parte*, de algunas de las consideraciones de los autores seleccionados aquí y precitados, y, *en su totalidad*, de las reflexiones presentadas por L. DíEZ-PICAZO.

(70) Vid. L. DíEZ-PICAZO, «Experiencias...», *op. cit.*, págs. 258-261 (subrayados a cargo mío: J. C. G.).

3. EL ARTICULADO SELECCIONADO DEL CÓDIGO CIVIL

Una especial referencia al articulado *diverso* propuesto por unos y otros de los autores españoles seleccionados, al articulado *concreto* a que se reduce esta investigación y a la *problemática* generada por los mismos, parece en este momento conveniente. En tal sentido, y en el mismo orden, subsiguen las consideraciones que aquí presento.

1) *Del conjunto de artículos diversos concretos del Código Civil (arts. 737, 991, 1.056, 1674-2.º, 658, 816, 1271-2.º, todos del Código Civil) al que nuestros autores se refieren*

En relación a cada artículo aludido (norma jurídica del Código Civil) se distinguen, muy someramente, *dos aspectos*: *el de la regla* o norma como tal, y *el del enunciado jurídico* que cada una contiene.

En la enumeración *se excluyen* de intento estos artículos: 658, 1271-2.º y 816 del Código Civil. A ellos me refiero aparte seguidamente, con mayor detalle en orden a los *caracteres genéricos* y al *análisis* lógico-jurídico (formal) de cada una de estas normas.

En la enumeración procedo a un *orden* puramente *numérico*, como sigue:

— Artículo 737:

- *Norma*: heredada, típicamente permisiva y de conducta, derivada (del principio constitucional de libertad civil y del desenvolvimiento de la persona individual en orden a la regulación de su patrimonio) y particular (relativa exclusivamente a la institución «testamento»).

En la moderna dicción, de R. HERNÁNDEZ MARÍN, cabría conceptualarla como norma «definitoria», esto es, de las definiciones tipo estándar cuya estructura respeta (*definiendum* —cópula— *definiens*) (71).

- *Enunciado*: aparentemente prescriptivo, es, sin embargo, de carácter *cualificativo*.

— Artículo 991:

- *Norma*: heredada, hipotética doblemente *condicional* (si ha fallecido el *de cuius* y si tiene derecho a heredar), generalizadora

(71) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *op. últ. cit.*, págs. 270 y sigs., en especial 274 y sigs.

(ubicación en *Capítulo V* del TÍTULO III - Sucesiones), aparentemente prescriptiva.

Sin embargo, en la reciente doctrina precitada (R. HERNÁNDEZ MARÍN) se considera que en *la negación* de un enunciado prescriptivo hay que distinguir: si es *interna*, equivale a una *prohibición* (en nuestro caso: «Es prohibido que N. pueda aceptar/repudiar si...»); si es *externa*, tal negación es un enunciado metalingüístico (incluso metajurídico) y eminentemente cualificatorio y no prescriptivo (72).

- *Enunciado*: cualificatorio y no prescriptivo. El enunciado *contrario* a la prohibición no pertenece al mismo cuerpo jurídico —*sic*—. En la opinión del citado autor, en contra de la opinión mayoritaria, «las negaciones de prescripciones no son prescripciones». Para el autor, un *enunciado prescriptivo* será eficaz/ineficaz *si y sólo si* su enunciado asertivo correspondiente es verdadero o falso (73).

— *Artículo 1.056*:

- *Norma*: heredada, permisiva, de conducta, definitoria con una inversión de la cópula (74) o definitoria del tipo «imperfecta», particular (relativa a la institución «partición») y en parte condicional (*si y en cuanto que* no se lesionen las legítimas). Norma eminentemente permisiva (*podrá* hacerlo), de un contenido aparentemente prescriptivo.
- *Enunciado*: típicamente cualificativo.
Las «permisiones» —en la dicción de R. HERNÁNDEZ MARÍN— son enunciados *cualificativos*: la expresión permisiva («Está permitido A») y la negación de prescripción («No está prohibido A») son equivalentes o sinónimas (75).

— *Artículo 1674-2.º*:

- *Norma*: heredada, permisiva, de conducta, de las definitorias de tipo estándar (arg. R. HERNÁNDEZ MARÍN).
- *Enunciado*: cualificativo.

(72) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *op. últ. cit.*, págs. 346 y sigs., en especial 350 y sigs.

(73) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *op. últ. cit.*, págs. 350 y sigs. y 353 y sigs.

(74) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *op. últ. cit.*, págs. 274 y sigs.

(75) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *op. últ. cit.*, págs. 363 y sigs.

2) *Del articulado concreto del Código Civil al que esta investigación se contrae*

— *Artículo 658:*

- *Norma:* heredada, de conducta, aparentemente *general* (Capítulo «DISPOSICIONES GENERALES» del TÍTULO III - Sucesiones), definitoria típica de estructura estándar (*definiendum* —cópula— *definiens*) caracterizada porque el *definiens* está integrado por una disyunción («o por..., o por...») de dos términos (76).
- *Enunciado:* cualificativo. La remisión aquí a R. HERNÁNDEZ MARÍN parece obligada (77).

— *Artículo 816:*

- *Norma:* heredada, de conducta, aparentemente prescriptiva (78), limitada o particular (exclusivamente referida a las legítimas), aparentemente condicional (los *dos incisos finales*: «...podrán reclamarla...», «deberán traer...»), redundante e innecesaria (es un *complemento* de los arts. 813 y 817).
- *Enunciado:* cualificatorio (79).

— *Artículo 1271-2.º:*

- *Norma:* heredada, de conducta, *general* en orden a todo tipo de contratos (ubicación en la sección 2.ª —Objeto de los contratos—, del Capítulo II - Requisito..., del TÍTULO II - Contratos), aparentemente condicional (*inciso final*).

(76) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *op. últ. cit.*, págs. 271 y sigs.

Me pregunto —y remito aquí al autor citado— si también tiene esta norma una cierta *ambigüedad contextual conjuntiva*: vid. *op. cit.*, pág. 174.

(77) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *op. últ. cit.*, pág. 243, donde expresivamente señala: «...El papel de los enunciados jurídicos cualificatorios es, pues, auxiliar y secundario...
...Esta utilidad de los enunciados *cualificatorios* hace que su presencia en los cuerpos jurídicos sea tan abundante. *De hecho, algunos importantes cuerpos jurídicos, como nuestro Código Civil, están formados en gran medida por enunciados cualificatorios. Por ejemplo, casi la totalidad de los enunciados del Código Civil relativos a los testamentos y también en gran medida los relativos a los contratos en general son enunciados cualificatorios que califican bien como válidos, bien como nulos, los testamentos o los contratos en que concurren ciertas circunstancias. Los enunciados jurídicos prescriptivos o asertivos con los que dichos enunciados cualificatorios se conectan están a veces muy lejanos...*» (los subrayados son míos: J. C. G.).

(78) Valen aquí idénticas consideraciones que las efectuadas con relación al *artículo 991* precedentemente.

(79) Remito a lo expuesto respecto del *artículo 991* anteriormente.

Al constituir el *párrafo 1.º* una norma definitoria general del tipo estándar (arg. R. HERNÁNDEZ MARÍN), este *párrafo 2.º* viene a ser una limitación o excepción, norma contradictoria del principio general sentado en el párrafo 1.º. De ahí que notables autores consideren se trata de una definición «incidental» mal situada y técnicamente incorrecta y criticable (80).

- *Enunciado*: cualificadorio.

3) *De la problemática generada por los concretos artículos aquí investigados*

En este apartado procedo a analizar las *cuestiones* suscitadas por los concretos artículos objeto de la investigación, cuestiones que se refieren a estos puntos: *a)* caracteres de las normas examinadas; *b)* análisis de la proposición jurídica normativa respectiva («Si S \rightarrow P»); *c)* análisis del contenido de la normativa referida.

Todo ello en la forma que subsigue.

a) Caracteres de las normas examinadas

Unas *normas concretas* como las aquí objeto de examen [básicamente reconducibles a un conjunto de proposiciones dirigidas al comportamiento humano y que poseen una cierta heterogeneidad respecto de su origen, alcance y naturaleza —en la dicción de L. DíEZ-PICAZO— (81)] ostentan los *caracteres o notas básicas* de toda «proposición jurídica», esto es, de toda «proposición».

1. En orden a la *noción* prístina de «proposición», es clásica la definición de ARISTÓTELES: es «un discurso enunciativo perfecto que expresa un juicio y significa lo verdadero o lo falso» (82). Distingue FERRATER MORA entre proposiciones *atributivas (in esse)* y las proposiciones *modales*, caracterizadas por la distinción dentro de ellas entre el *modus* y el *dictum*; en éstas últimas no sólo hay una atribución (cópula, *modus*) sino que también se indica el modo como la atribución (P) se une al enunciado (S) o el modo que determina la *composición* de P. y S. (83). De entre las proposiciones «moda-

(80) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *op. últ. cit.*, págs. 280-281.

(81) Vid. L. DíEZ-PICAZO, «Experiencias...», *op. cit.*, págs. 23 y sigs.

(82) Vid. J. FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, Volumen 3 (K-P), Alianza Editorial, 5.ª edición, Impr. Printer Industria Gráfica, Madrid, 1986: voz «Proposición», págs. 2711-2719, y allí la cita de ARISTÓTELES.

(83) Vid. J. FERRATER MORA, «Diccionario...», *op. cit.*, Volumen 3 cit., voz «Modalidad», págs. 2240-2246: «solamente un modo que determina la *composición* de P. y S.

les» las que aquí interesan son las proposiciones formalmente *hipotéticas*, y en especial las *condicionales*, esto es, las proposiciones denominadas «normas jurídicas» o «proposiciones normativas».

Relacionando las diferentes «proposiciones normativas» aparecen unos curiosos gráficos, descritos por los «lógicos deónticos» de manera diversa: G. KALINOWSKI lo denomina pirámide o «cuadrado lógico deóntico» (o cuadrado relacional de la lógica deóntica: obligatorio, prohibido, permitido, libre) (84); BLANCHÉ lo llama hexágono (6 *lados*: reglado-ordenado-prohibido-permitido-facultativo-indiferente) (85); FERRATER MORA dibuja un cuadrado con diagonales (proposiciones contradictorias) que enmarca las cuatro proposiciones básicas (A: Es necesario que S sea P; E: Es imposible que S sea P; I: Es posible que S sea P; O: Es posible que S no sea P) (86).

2. En orden a las «proposiciones normativas», de las diferentes clases o tipos precitados, parece, a mi juicio, oportuno recordar cómo las normas aquí examinadas (arts. 658, 816, 1271-2.º del Código Civil) están revestidas del carácter de *norma jurídica hipotética* consistente en un enunciado jurídico *condicional*, cuyas dos partes son: el supuesto de hecho (S) y la consecuencia jurídica (C) (87).

3. Sobre el Derecho como entramado de *enunciados* de distintas categorías (prescriptivos, asertivos, cualificatorios) se ocupa con especial atención R. HERNÁNDEZ MARÍN y entiende que gran parte de los enunciados jurídicos contenidos en el Código Civil son enunciados *cualificatorios*. Los enunciados jurídicos *asertivos* son o verdaderos o falsos; los enunciados jurídicos *prescriptivos* son o eficaces o ineficaces, o cumplidos o violados; los enunciados jurídicos *cualificatorios* no son ni verdaderos ni falsos, y tienen una *función* meramente auxiliar o secundaria en la regulación de las conductas (88).

es proposición modal...», «la afirmación o la negación en las proposiciones modales debe referirse siempre al *modus*, no al *dictum*». El término «composición» es fundamental.

(84) Vid. G. KALINOWSKI, «Introducción...», *op. cit.*, págs. 90 y sigs., 97 y sigs. y 126 y sigs., y allí las citas respectivas de RAY, PRIOR y BLANCHÉ. En orden a este punto, BOZZI, lo llama «estrella de seis rayos»: vid. *op. cit.*, págs. 81 y sigs.

(85) Vid. Robert BLANCHÉ, «Sur l'opposition des concepts», en *Theoria*, 19, 1953, págs. 89-130 (cita en G. KALINOWSKI, *op. cit.*, pág. 128).

(86) Vid. J. FERRATER MORA, «Diccionario...», *op. cit.*, Volumen 3 cit., voz «Oposición», págs. 2439-2442, y allí la oposición en las proposiciones modales.

(87) Vid. K. LARENZ, «Metodología...», *op. cit.*, págs. 242 y sigs., en especial 248 y 257 y sigs. Remito aquí a la *nota 17* precedente.

— En sentido semejante, L. Díez-PICAZO, «Experiencias...», *op. cit.*, págs. 56 y sigs.

(88) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, «Introducción...», *op. cit.*, págs. 229 y sigs. y 242 y sigs.

El interesante análisis del *artículo 6.3 del Código Civil*, en conexión estrecha con el tema apuntado por el citado autor de «las relaciones entre enunciados jurídicos pertenecientes a diversas categorías», le lleva a la conclusión que sigue: «el cuerpo jurídico o *negocio jurídico nulo* es irrelevante para todos los enunciados jurídicos, *salvo* que algún enunciado jurídico lo considere relevante» (subrayados míos: J. C. G.).

Todo ello es de especial relevancia en relación con el análisis de estas concretas normas aquí seleccionadas.

4. Ideada por la doctrina tradicional la contraposición entre *normas imperativas* y *normas dispositivas*, parece oportuno aludir aquí brevemente a este punto e indicar cómo la posición mayoritaria es sometida a revisión por la reciente doctrina, según se dijo (89).

Tomando R. HERNÁNDEZ MARÍN como punto de partida la existencia de las muy variadas *relaciones* entre los sujetos jurídicos que son reguladas por el Derecho, considerada la evidencia de que cada una de estas relaciones presenta diversos aspectos problemáticos y la incidencia en ellas de intereses contrapuestos, expone cómo los enunciados jurídicos establecen unas veces beneficios para una de las partes de una relación y otras veces beneficios para la parte contraria. En algunos casos el Derecho tolera que una de las partes beneficiada o protegida por un enunciado jurídico renuncie a esos beneficios. A esos enunciados jurídicos que pueden ser, por así decirlo, «descartados», por sus beneficiarios, les llama el autor *normas dispositivas*, pues el interesado o afectado «puede disponer» de ellas. Frente a ellos, los demás enunciados jurídicos que las partes no pueden «descartar», les llama *normas imperativas* (también, *prescriptivas* o *directivas*). A las muy interesantes argumentaciones del citado autor remito en este lugar (90).

5. Una exposición clásica es la efectuada por Karl LARENZ, al recoger de Adolf REINACH la distinción entre las «proposiciones dispositivas», proposicio-

— Posteriormente el autor precitado procede al análisis de los *atributos* posibles de los enunciados jurídicos, y a la *interpretación* de los distintos *tipos* de enunciados jurídicos contenidos en las «proposiciones normativas» o «normas jurídicas»: vid. *op. cit.*, págs. 249 y sigs., y 269 y sigs.

De entre todas las precitadas reflexiones del autor aquí reseñado, merecen especial relieve las consideraciones en torno a las que denomina «*permisiones jurídicas*» y, dentro de ellas, el punto relativo a la «*negación* de un enunciado prescriptivo», que, en contra de la opinión mayoritaria (de que equivale a una propia *prescripción*), considera se trata de un enunciado metalingüístico, metajurídico y cualificadorio: vid., *op. cit.*, págs. 346 y sigs. y en especial, 351 y sigs.

(89) Me refiero a los filósofos del Derecho, en especial al precitado R. HERNÁNDEZ MARÍN: vid. «Introducción...», *op. cit.*, págs. 197 y sigs. y 221 y sigs.

(90) Así, en R. HERNÁNDEZ MARÍN, «Introducción...», *op. cit.*, págs. 221 y sigs.

Distingue allí entre *normas dispositivas en sentido propio* y en *sentido impropio*. Muy interesante el análisis del artículo 6.2 del Código Civil, cuyo enunciado —dice— debería expresar con más rigor que «la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos serán válidas, si y solo si no contrarían el interés o el orden público ni perjudican a terceros». Enunciado que presenta numerosas *excepciones*, y, entre ellas, destaca precisamente la del artículo 816 del Código Civil. Entiende que «En principio, pues, y atendiendo al citado artículo 6.2 del Código Civil, cualquier enunciado jurídico español podría ser una norma dispositiva: basta con que su exclusión por las partes no perjudique ni al interés u orden público, ni a terceros». «El artículo 6.2 del Código Civil contiene, pues, una *excepción general* para cualquier otro enunciado jurídico, para “descartar” cualquier otro enunciado jurídico...».

nes enunciativas y mandatos imperativos: para LARENZ, las *normas dispositivas* constituyen de por sí una ulterior clase de normas, siendo las normas jurídicas su caso de aplicación más importante, aunque tampoco el único (91).

Seguidamente analiza LARENZ el tema de las *normas jurídicas incompletas* (aclaratorias, restrictivas, remisivas) (tema de gran incidencia para nuestro análisis *específico* de las normas aquí seleccionadas) al que remito (92).

6. Al aludir a la amplia tradición de la distinción entre *normas imperativas* y *normas dispositivas*, considera entre nosotros L. Díez-PICAZO:

«Hay dos tipos de normas: unas, *las imperativas*, que imponen obligaciones; y otras, *las permisivas*, que establecen derechos o facultades. Sin embargo, ya SUÁREZ aseguraba que una “ley permisiva” no es en rigor tal, pues lleva siempre oculto un imperativo previo o posterior. La ley permisiva levanta un imperativo o exceptúa de él... En alguna medida, el sentido de una *ley permisiva* estriba en que una obligación se levanta o se suprime. El simple poder hacer (*agere licere*), en cuanto que es puro ejercicio de la libertad, no es por sí mismo un tema jurídico más que cuando entra en colisión con la libertad de los otros. No tiene ningún sentido hablar del derecho a estornudar, como tampoco lo tiene hablar del derecho a la libertad de pensamiento. Es en la “libertad de los otros” donde comienza la raíz del fenómeno jurídico. La ley que concede un derecho o que establece una facultad es *permisiva* sólo de un modo muy relativo, según el ángulo o perspectiva desde la que contemplamos la situación de que se trate. Una ley concede, permite o faculta a una persona sólo en cuanto al mismo tiempo otros quedan obligados. Una situación es “derecho” de una persona en tanto en cuanto hay otras —muchas o pocas— que deben respeto a esta situación y que están obligados frente a aquélla a un determinado comportamiento activo o pasivo» (93).

Por otra parte, desde otra perspectiva, reflexiona L. Díez-PICAZO diciendo que:

«Las normas jurídicas son por lo general “*normas de conducta*”. Tienen por objeto una acción, bien ordenándola o bien prohibiéndola. Contemplan una conducta estableciendo respecto de ella un deber-ser o, como nosotros hemos dicho, unos hechos, extrayendo de ellos la consecuencia de que una pretensión aparece justificada o de que una decisión debe recaer.

Rigurosamente las normas jurídicas se limitan a considerar justa la pretensión del acreedor —el deudor debe pagar y el acreedor tiene derecho a cobrar— *y a ofrecerle un cauce más o menos practicable*, pero desenvolver la realidad es ya otro cantar» (94).

(91) Vid. K. LARENZ, «Metodología...», *op. cit.*, págs. 248-249.

(92) Vid. K. LARENZ, «Metodología...», *op. cit.*, págs. 249, 250-251 y 252-253.

(93) Vid. L. Díez-PICAZO, «Experiencias...», *op. cit.*, págs. 62-63.

(94) Vid. L. Díez-PICAZO, «Experiencias...», *op. cit.*, págs. 84-85 (subrayado mío: J. C. G.).

7. Finalmente, también en nuestra doctrina aparece la denuncia *crítica* de J. L. VILLAR PALASÍ, al considerar las dificultades planteadas por las llamadas *normas permisivas* y *prohibitivas* y aludir allí a la «homomorfía» (95), y al obstáculo *lógico* que se presenta ante tales normas.

— Resumidas precedentemente las consideraciones de los más relevantes autores especializados en la materia y aprovechadas, en lo pertinente, alguna de dichas reflexiones y adaptadas a nuestra *temática* en examen (artículos seleccionados del Código Civil), parece ya conveniente presentar las perspectivas del *análisis lógico-jurídico* de tales normas y de su respectivo *contenido*, lo que efectúo seguidamente.

b) Análisis semántico de la proposición jurídica normativa respectiva («Si S \rightarrow C», o también «p \rightarrow q»)

Básicamente referida esa normativa a los artículos *precitados* del Código Civil (658, 816, 1271-2.^o), y cuya redacción al inicio de esta investigación ha sido presentada en el anterior *epígrafe* 2, con la salvedad del *primero* de ellos que aquí se transcribe seguidamente:

• *ARTÍCULO 658 DEL CÓDIGO CIVIL. La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por la disposición de la Ley.*

La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima.

Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la Ley.

• *Argumento típico doctrinal* (tópico)

El planteamiento discursivo de la mayoría de los autores que se ocupan de esta norma parte de un silogismo deductivo y de unas proposiciones (premisas), que llevan a una conclusión aparentemente obvia.

(95) Vid. J. L. VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Impr. de Selecciones Gráficas, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, págs. 231-232 y allí la nota 71: «...la categoría de la permisión (lo permitido como uno de los fines de la ley desde MÓDESTINO) ha sido el *forúnculo* —sic— de la lógica deóntica, o del cálculo de normas... Desde 1951 hasta hoy G. H. von WRIGHT... ha construido ocho categorías de permisión. No obstante, el obstáculo lógico está no en distinciones, sino en *precisiones*: porque primero se identifica, *unas veces*, con las normas que atribuyen una competencia..., *otras con la constatación de que una actividad no está prohibida* (con lo cual se confunde con el *indiferente jurídico*), y *sólo pocas veces con la idea* ya más que bimilenaria de MÓDESTINO de una norma que declara una conducta jurídicamente permitida. Todas las *distinciones*... son complicadoras de la categoría, aparte de la enorme *confusión* terminológica,

Ese planteamiento teórico podría ser de este tipo:

- [1] «Cuando se produce el supuesto de sucesión *mortis causa*, entonces la delación sucesoria se produce por testamento, por ley, o, en parte, por testamento y por ley. Es así que en el concreto supuesto X (de un contrato o pacto relativo a una sucesión no abierta) no hay una delación sucesoria por testamento, por ley, o, en parte, por uno y otra. Por lo tanto, en el concreto supuesto X, no es posible una sucesión *mortis causa*».

O podría ser así, cambiando el predicado:

- [2] «Si se produce una delación sucesoria por testamento, por ley, o, en parte, por uno y otra, entonces existe una sucesión *mortis causa*. Es así que en el supuesto X (precitado) no existe una delación sucesoria por testamento, por ley, o, en parte, por uno y otra. Por lo tanto, en el concreto supuesto X, no es posible una sucesión *mortis causa*».

Una aplicación estricta de las reglas de la LÓGICA FORMAL en orden a silogismo, figuras, modos, etc., podría llevar a sorprendentes resultados. Para no cansar al lector, en el ejemplo o tipo [1] parece un modo BAROCO de la segunda figura de los silogismos, en tanto que el tipo [2] pertenece a la figura primera y el modo resultante es extraño y sorprendente. Por otro lado, las leyes estrictas de todo silogismo en orden a la construcción de la *conclusión en función de las premisas*, parece son de ineludible observancia.

Entiendo, además, que las leyes de la LÓGICA FORMAL en cuanto a los principios de contradicción y de contrariedad llevan a consecuencias sorprendentes. No me extendiendo más, y remito aquí, en general, a las excelentes síntesis de J. FERRATER MORA en orden a proposición, relaciones, conectivas, condicional y tablas de verdad (96).

• *Argumento crítico (deóntico)*

1. El aspecto *gramatical* ya fue apuntado previamente. En primer lugar, los párrafos 1.º y 3.º podrían y deberían unirse, formando una sola proposi-

leyes, reglas o conductas permisivas, y la enorme *polisemia* encerrada en los términos “puedo”, “tengo derecho a”, “me está permitido”...

(96) Vid. J. FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, Volumen 3 (K-P), Alianza Editorial, 5.ª edición, Impr. Printer Industria Gráfica, Madrid, 1986, págs. 2711 y sigs., 2439 y sigs., 622 y sigs., 583 y sigs., 576 y sigs. y 3179 y sigs., respectivamente.

ción compuesta, cuyo enunciado es obviamente cualificatorio y no imperativo-prescriptivo. En segundo lugar, el *párrafo 2.º* es absolutamente innecesario y contiene un enunciado definitorio típico. En tercer lugar, la norma presupone u oculta otra proposición (o norma) implícita, del tipo afirmativa-universal-preceptiva (*tipo A*), en el sentido clásico de: «*Es necesario* que para todo caso de S sea C».

Proposición esta «tipo A» que mediante las leyes de sustitución puede convertirse en otra u otras, expresivas de: «*Es imposible* que no sea...», o «*no es posible* que sea...» (97).

2. Lo que está produciéndose, ante un planteamiento de tal guisa, es una subyacente o solapada utilización del típico recurso discursivo consistente en un argumento *a contrario sensu*, sobre el que existe una numerosísima bibliografía, a la que en este lugar no puedo sino remitir (98).

— El supuesto del argumento *a contrario* lo ha centrado perfectamente Karl LARENZ, al decir:

«...Precisamente, porque la ley ha enlazado la consecuencia jurídica C (*sólo*) al supuesto de hecho A, aquélla no vale para otros supuestos de hecho, aun cuando éstos debieran ser similares a A. Es obvio que este argumento sólo está justificado cuando la regla general contiene expresamente, o al menos según el sentido, la palabrita —*sic*— “sólo”, puesta aquí entre paréntesis; es decir, si la restricción de la consecuencia jurídica C fue querida claramente por el legislador precisamente para el supuesto de hecho A o es obligada según la teleología de la ley. Cuando ocurre esto se ha de averiguar, por ello, en primer lugar por la vía de la interpretación. En modo alguno debe simplemente suponerse...

La cuestión de si una regla general permite un argumento a la inversa o si, cuando esto no ocurre, puede ofrecer las bases para un argumento de analogía...

(97) Vid. J. FERRATER MORA, *op. cit.*, págs. 2441 y sigs.

(98) Vid. R. ALEXY, *op. cit.*, pág. 267; CH. PERELMAN, *op. cit.*, pág. 78; J. L. VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, págs. 221 y sigs.; G. KALINOWSKI, *op. cit.*, págs. 176 y sigs.; L. DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 279 y sigs., en especial pág. 282; K. LARENZ, *op. cit.*, págs. 374 y sigs., en especial págs. 383 y sigs.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Impr. de Tipografía Mori C.s.n.c. (Varese), Ed. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1980, págs. 341 y sigs., en especial págs. 346-350.

— La interesante descripción del *concepto e historia* de este argumento interpretativo nos muestra cómo su fuerza y aprecio se produce en culturas con gran apego al valor de la letra documental y a la desconfianza del órgano de producción normativa respecto de quienes ocupan el órgano de aplicación del derecho (el empleo masivo del argumento *a contrario* se produce en las teorías teológico-jurídicas voluntaristas: vid., gr. G. DE OKHAM). De otro lado, toda la cultura jurídica romana mostraba un alto grado de indiferencia hacia la tutela y la estabilidad de los textos, y es a partir de EUSEBIO DE CESAREA cuando la cultura del *documento* y de su certeza pasa a la cultura cristiana y a la historiografía eclesiástica cristiana. Deviene un argumento privilegiado con el tiempo y pasa a tener nueva fortuna con la codificación moderna, adscrito al dogma de la separación de poderes y a la insistencia sobre la interpretación literal o restrictiva típica de la «escuela de la exégesis» francesa.

para un *argumentum a maiore ad minus* o para reconocer un principio jurídico general, ya no es, por consiguiente, una cuestión de lógica formal sino de la teleología legal y de la valoración expresada en ella, es decir, de la *ratio legis*. Pero la decisión a favor de una u otra opción de ningún modo es, como pudiera parecer en una consideración superficial, para dejar a la apreciación subjetiva de quien en cada caso enjuicia, sino que ha de hacerse prudentemente con los medios con que cuenta el pensamiento orientado a valores, el pensamiento teleológico» (99).

— En nuestro derecho, L. DÍEZ-PICAZO ha centrado el problema al situar el debate ante el hecho de que *un caso no se encuentre contenido por una norma* y presenta el dilema consiguiente: o bien proceder por la vía del procedimiento de la analogía y aplicar una norma similar (*argumento a pari*), o bien, a la inversa, entender que la inclusión de un supuesto en la norma entraña la exclusión de todos los demás casos y que, por lo tanto, al caso previsto no se le debe aplicar la norma (*argumento a contrario*). Dice así L. DÍEZ-PICAZO:

«En qué casos se debe proceder *a pari* y en qué casos se debe proceder *a contrario* es cuestión que la Ciencia del Derecho no ha resuelto en forma clara...» (100).

— Desde el punto de vista de la doctrina italiana, considera G. TARELLO que este argumento *a contrario*, en cuanto regla de interpretación, venía ya expresado en el viejo brocardo *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*, es prototípico del denominado «formalismo interpretativo» y opera con efectos diversos según la estructura formal de los enunciados normativos a los que se aplica. Así, v. gr., dice:

«En particular, en relación con enunciados formulados en términos de adscripción de libertades, derechos, poderes, el argumento *a contrario* conduce a restringir el área de las libertades, de los derechos y de las capacidades (extendiendo, por el contrario, el área de los deberes, de las obligaciones, de la incapacidad); mientras que, en relación con enunciados formulados en términos de adscripción de deberes y de obligaciones o de cualificaciones de incapacidad, el argumento *a contrario* conduce a restringir el área de los deberes, obligaciones e incapacidad (extendiendo, por el contrario, el área de las libertades, de los derechos, de los poderes)» (101).

Para G. TARELLO esta nota característica del valor *privilegiado* histórico atribuido al argumento *a contrario* realiza, en el sector del derecho específicamente represivo, el máximo de compresión de la posibilidad de expandir la represión y el máximo de garantías precisamente «formales».

(99) Vid. K. LARENZ, *op. cit.*, págs. 383-384.

(100) Vid. L. DÍEZ-PICAZO, «Experiencias...», *op. cit.*, pág. 282.

(101) Vid. G. TARELLO, «L'interpretazione...», *op. cit.*, pág. 349.

— Desde el punto de vista de la LÓGICA DEÓNTICA entiende G. KALINOWSKI que el *argumentum a contrario*:

«Es un raciocinio que explicita el sentido de la expresión cuantificadora “solamente” o de uno de sus sinónimos tales como “únicamente”, “exclusivamente”, “...sólo... que...”, etc., empleados *expressis verbis* por el legislador, o que permanecen sobreentendidos. Esta expresión permite enunciar en una sola proposición una idea que normalmente estaría contenida en dos, de las cuales la segunda sería la negación de una proposición, que sólo difiere de la primera por la negación colocada delante de la expresión a la que se refiere el cuantificador “solamente”. Éste puede, por consiguiente, ser definido de la siguiente manera:

$$(df\ 53)\ \text{para todo } X\ (f\ \text{solamente } X) = \text{para todo } X \\ [f x\ \text{y no } (f\ \text{no } - x)] \dots \text{»}$$

En virtud de las leyes lógicas de simplificación, reemplazo y separación obtiene la implicación del tipo

$$\text{si para todo } x\ (f\ \text{solamente } x), \\ \text{entonces para todo } x\ [\text{no } (f\ \text{no } - x)].$$

Y esta implicación le permite llegar a enunciar esta regla lógica: «Aquel que admite una proposición del tipo “para todo x (f solamente x)” puede admitir una proposición del tipo “para todo x (f no $- x$)”» (102).

Entiende G. KALINOWSKI que la *conclusión negativa* (vid. en los ejemplos [1] y [2] anteriormente presentados por mi parte) a la que se llega con el uso del argumento *a contrario* es una proposición *normativa*. Ahora bien, conforme a las leyes de la LÓGICA FORMAL, la negación de una norma permisiva *equivale* a la alternativa de las normas imperativa y/o prohibitiva correspondientes. El nervio del argumento *a contrario* en su forma esencial (el cuantificador «solamente») reside *en la suposición* que permite la aplicación de la regla lógica correspondiente *y no* en esta última.

Por consiguiente, G. KALINOWSKI afirma que:

«...la verdadera interpretación comienza solamente cuando se plantea la cuestión de saber si es necesario o no sobreentender en el texto interpretado el cuantificador “solamente”, que hace posible la aplicación de la regla arriba citada» (103).

3. Finalmente, del propio contexto de la norma se desprende una cierta *ambigüedad*, en el sentido lógico-formal. De ahí que quepa entender que una proposición *normativa* pueda considerarse como una proposición *descriptiva* o *asertiva* de enunciado cualificadorio. Remito ahora a lo expuesto en páginas anteriores.

(102) Vid. G. KALINOWSKI, *op. cit.*, págs. 176-177.

(103) Vid. G. KALINOWSKI, *op. cit.*, pág. 178.

4. En este lugar interesa ahora la alusión —en el ámbito de la LÓGICA DEÓNTICA— al punto de las *normas definitorias*.

Una anticipación precedente indicaba que el supuesto de hecho contenido en el artículo 658 encierra una *definición*. No obstante la numerosa bibliografía al respecto, a la que aquí se remite (104), conviene hacer algunas puntualizaciones que subsiguen.

En primer lugar, aparentemente el artículo analizado —658— presenta una cierta ambigüedad del tipo de las que R. HERNÁNDEZ MARÍN califica de «contextual» (105), que llevaría al resultado —también aparente— de estimar que, de la combinación de los párrafos 1.º y 3.º y de su «explicación» en el párrafo 2.º, puede tratarse de una definición «de estructura estándar» (en la dicción del autor citado).

(104) Vid. G. KALINOWSKI, «Introducción...», *op. cit.*, págs. 42 y sigs.; J. FERRATER MORA, «Diccionario...», *op. cit.*, voz «Definición» en vol. 1 (A-D), págs. 730-734; J. L. VILLAR PALASÍ, «La interpretación...», *op. cit.*, págs. 97 y sigs.; K. LARENZ, «Metodología...», *op. cit.*, págs. 250 y sigs.; G. TARELLO, «L'interpretazione...», *op. cit.*, Capítulo IV («Definizioni legislative e interpretazione della legge»), págs. 153 y sigs., en especial págs. 190 y sigs. y 193 y sigs.

• Entre nosotros, muy completa la visión moderna de R. HERNÁNDEZ MARÍN, «Introducción...», *op. cit.*, págs. 187-188, y Capítulo 12 («Definiciones en el Derecho»), págs. 269 y sigs.; y su volumen menor, precitado también, «Interpretación, subsunción y aplicación del derecho», *op. cit.*, págs. 19-27.

• Agudamente plantea J. L. VILLAR PALASÍ que «el Derecho ha sido siempre consciente de la necesidad de precisar sus conceptos y su lenguaje. El de *verborum significatio* romano no fue sino uno de los primeros pasos de tal andadura. Hay toda una extensísima bibliografía de los comentaristas medievales sobre el problema... Las *dictiones* podrían resolverse de cuatro modos diversos: *diffinitio*, *interpretatio*, *derivatio* (*conjugatio*) o *allusio*...» (*op. cit.*, nota 38, en pag. 97).

Precisa J. L. VILLAR PALASÍ: «lo absurdo de la investigación sobre el carácter normativo o no, preceptivo o no, de la definición jurídica... Y —prosigue— sin embargo, la doctrina hasta 1850 se preocupó fundamentalmente de las definiciones, conscientes de que marcaban no sólo el sentido, sino también la linde de la norma...» (*op. cit.*, nota 17, en pág. 52, y nota 42 en págs. 99-100).

• Para J. FERRATER MORA, tanto si la definición es *real* (el qué de una cosa) como si es *nominal* (el qué de un nombre), para los lógicos la definición es «una expresión o término complejo por medio del cual se indica lo que algo (cosa o nombre) es (esencialmente). Pero la definición no puede nunca ser confundida con una “proposición”... es una operación que tiene lugar a nivel lingüístico. En el curso de la misma se une una expresión que se trata de definir, llamada *definiendum*, a una expresión que define la citada expresión y que recibe el nombre de *definiens*. El *definiendum* puede sustituir al *definiens* y es considerado como una abreviatura del *definiens*. El signo que se coloca entre el *definiendum* y el *definiens* es “= def.” (algunos autores emplean “→”). Tal signo se lee “se define” o “es por definición...”» (*op. cit.*, pág. 731).

• En sentido muy similar, G. KALINOWSKI, tanto en la noción como en las distinciones o clases de definiciones (*op. cit.*, págs. 42-45).

(105) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, «Introducción...», *op. cit.*, págs. 172 y sigs.

A mi parecer, no me resulta claro si esa ambigüedad contextual es disyuntiva o conjuntiva —en la terminología del autor—, dada la equivocidad del término *delación* («se defiere») en el ámbito sucesorio.

En segundo lugar, de considerarse como «definición» tipo, conceptualmente no aparece claro si es de carácter *total* o *parcial* (en la dicción del mismo autor), aunque sí parece claro que, sea una u otra forma la estimada, como tales definiciones —nos dice—:

«no son verdaderas ni falsas, ni tampoco eficaces o ineficaces... Lo definido son siempre expresiones...

En el Derecho, las definiciones no constituyen un grupo independiente... todas ellas integran una especie de enunciados jurídicos cualificatorios: no son ni aserciones, susceptibles de ser verdaderas o falsas, ni prescripciones» (106).

En tercer lugar, siguiendo de nuevo a R. HERNÁNDEZ MARÍN, parece también ambigua la categoría de tal presumible «definición» del artículo 658 del Código Civil, como definición legal del tipo o bien estándar o bien no estándar (en la dicción del autor). De entre los *tipos* o *categorías* propuestos por el autor precitado de definiciones legales (indirectas, condicionales, incidentales, formalmente incorrectas, inútiles y mal situadas), cabría espigar algún elemento (o *nota*) de alguna de ellas (*condicional*, si se reconvierte por las leyes de la LÓGICA al tipo «Si S → C»; *formalmente*, ante la falta del «functor» o «conectiva» «solamente», esto es, *bicondicional* del tipo «↔»; *des-ubicada*, en el plano sistemático) pero que, a mi juicio, no son decisivamente relevantes cada uno por sí solo. Por consiguiente, habría quizá que entender que las referencias a una «patología» de las definiciones legales es apropiada, aunque de ello me ocuparé más adelante, y a que «la ausencia de fórmulas inequívocas de definición», que señala dicho autor, pueden ser aplicadas a nuestro punto en examen, dado que —como nos dice— «no existe ningún signo, ni fórmula o estructura sintáctica, cuya presencia o uso en un enunciado legal garantice que el enunciado en cuestión es una definición» (107). Sin embargo, la consecuencia de esa «ausencia» de fórmulas inequívocas es de consecuencias que apunta muy limitadas. Lo decisivo, lo importante, para el autor, es que tales «definiciones» vienen a funcionar como *enunciados jurídicos cualificatorios generales*.

En cuarto lugar, siguiendo a G. KALINOWSKI, en este punto hay que tener en cuenta, en orden a las definiciones, las cuatro reglas de aplicación universal: la prohibición de definir *idem per idem*, la prohibición de definir *ignotum per ignotius*, que la definición sea *materialmente* adecuada (esto es, que no sea ni demasiado estrecha ni demasiado amplia, sino que se ciña exactamente a la significación o a la designación de la expresión definida), y que sea *formalmente* correcta (esto es, que no contradiga ninguna *regla lógica par-*

(106) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, «Introducción...», *op. cit.*, págs. 187-188, 269 y sigs. y 270 y sigs.

(107) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, «Introducción...», *op. cit.*, págs. 276 y sigs., en especial págs. 278-279.

ricular sobre la construcción de definiciones). Para KALINOWSKI las definiciones forman parte del *metasistema* —*sic*—, y —nos dice—:

«...existe un medio de evitar las definiciones colocadas *fuera* del sistema. En efecto, una *equivalencia* que contenga en uno de los lados del signo de equivalencia un término nuevo, corresponde efectivamente a la definición de éste. Se puede por tanto añadir a los axiomas del sistema esta *equivalencia* como un nuevo axioma, en lugar de introducir en el metasistema una nueva regla de sustitución que contenga la definición en cuestión» (108).

En quinto lugar, una aproximación a las ideas más relevantes del extenso tratamiento dado a la materia de las «definiciones legislativas» por Giovanni TARELLO, nos va a permitir acabar de centrar este debate y perfilar lo que de acertado o no existe en esta pretendida identificación del *artículo 658 del Código Civil* con una «definición legislativa», aunque fuere de tipo muy *sui generis*. Una alusión a las ideas de TARELLO parece, a mi juicio, de interés, y la incluyo en nota aparte (109).

(108) Vid. G. KALINOWSKI, «Introducción...», *op. cit.*, págs. 43-44.

(109) Vid. G. TARELLO, «L'interpretazione...», *op. cit.*, págs. 153-154, 155 y 156 y sigs., 157 y sigs., *en especial* págs. 160-161, 190-192, 193 y sigs., 194 y sigs., 206 y sigs., 211 y sigs., 217-219, 237 y sigs. y 239-240.

Es evidente que recojo en este lugar sus reflexiones acerca del Código Civil italiano de 1865, debido a la proximidad, influencia e identidad de muchas de sus soluciones con la regulación de nuestro Código Civil de 1889. Reflexiones aquí resumidas pero de gran interés, a mi parecer.

• «Entiendo, *provisionalmente*, por “definición” un discurso que tenga el aspecto de definición según el uso común de aquel vocablo, como es el caso —a título ejemplificativo— de los discursos según el esquema: “X es A”; o bien según el esquema “por X se entiende A”; o bien según el esquema: “noción de X. Cuando S ejecuta la acción P, S deviene XS”; o bien todavía según el esquema: “A, B, C, D, son X” (donde X es el término definido)...»

«Una de las razones por las que la atribución de significado a los enunciados legislativos presenta dificultades e incertidumbre y está abierta a más de una posibilidad interpretativa, reside en el hecho de que no todos los vocablos y los conjuntos bien formados de vocablos que concurren en el conjunto de todos los enunciados legislativos son unívocos...»

«...el fin perseguido por el legislador con sus actividades definitorias es el de hacer menos incierta la atribución de significado a la ley, menos variables las aplicaciones, más seguras las expectativas respecto de las aplicaciones...»

«...Los límites de la utilidad de las definiciones y las razones de las frustraciones del legislador son variadas y de orden diverso.

La primera limitación es de orden lógico... La segunda limitación es de orden semántico... La tercera limitación es de orden estructural, esto es, depende de la estructura de la organización jurídica... Este solo hecho determina... una serie de problemas prácticos...: a) si los enunciados legislativos que consisten en definiciones expresan “verdaderas normas”; b) si, en caso afirmativo, las (verdaderas) normas expresadas por las definiciones legislativas prevalecen o ceden frente a normas, expresadas por enunciados legislativos de otro tipo, en el caso de conflicto o de incompatibilidad; y, eventualmente, cuándo y en cuáles condiciones las primeras prevalecen sobre las segundas o viceversa (en nuestra

En sexto lugar, parece conveniente recordar las consideraciones de Karl LARENZ acerca de determinadas normas jurídicas *incompletas*, que doy aquí por reproducidas, y, muy en especial, acerca del tipo o categoría de normas —que incluye *dentro de* las que denomina «aclaratorias»— que califica de «normas jurídicas delimitadoras»: es decir, aquellas que proceden a la con-

cultura jurídica, este problema se plantea como pregunta acerca de «si las definiciones legislativas tienen carácter vinculante».

• El autor precitado, en su tratamiento de *la historia* de las distintas *doctrinas* acerca del tema, se centra en el examen del Código Civil italiano de 1865 e ilustra con la influencia de los autores que comentaron los «trabajos preparatorios» de dicho Código Civil (vid. gr., DE ESTEFANI NICOLOSI y G. BUNIVA). Después de la promulgación del Código, que contenía un gran número de definiciones, por algunos años se negó fueran inútiles y se sostuvo de manera algo difusa que, en general, en el Código no existían definiciones sino sólo «precisiones» y «directivas» (vid. gr., E. PACIFI-MAZZONI, B. BRUGI). Tras aludir a que la doctrina que sostenía que «las definiciones legislativas no vinculan» se diluye en el trasfondo de comentarios monográficos a la disciplina de cada instituto, considera que años más tarde se había generalizado el pensamiento —a veces implícito— de que cada uno de los contrastes entre una definición legislativa y otro enunciado legislativo «imperativo» (esto es, que contiene un «verdadero y propio» precepto) debe resolverse en sede interpretativa a favor de este último: con lo cual, indirectamente se viene a privar a las definiciones legislativas de valor vinculante. Años después, a principio del nuevo siglo (siglo XX), entre los privatistas —ya sin conexión con los problemas de técnica de la codificación— es muy decisiva la influencia de la doctrina de la pandectística alemana conforme a la cual las definiciones legislativas no vinculan (vid. gr. G. MESSINA, E. CALDARA, F. DEgni). Ya en los «años veinte», entre los privatistas aparecen nuevas ideas y F. FERRARA coloca las definiciones legislativas entre las que denomina «normas declarativas».

• (*Clasificaciones de las definiciones legislativas*). Presenta G. TARELLO diversas *categorías o tipos* de «definiciones legislativas», atendiendo o bien a las características formales de las definiciones (por género y diferencia específica, por extensión y por exclusión), o bien a las características del término definido (por designación: parentética, por rúbrica, por simple mención), o bien por conceptualización (por enumeración de las características necesarias, por descripción empírica, por origen, por cuantificación). Presenta finalmente *un nuevo tipo* de definición legislativa, postulado por A. MARTINO, en un sentido idéntico a las «definiciones» en sede de la metodología de la ciencia: las que llama «definiciones operativas», esto es, «aquellas definiciones para las que el *definendum* está individualizado a través de una característica verificable mediante una operación».

• (*Consideraciones finales*). De las diferentes reflexiones del autor precitado recojo aquí las siguientes:

— En lo que se refiere a *la fuerza expansiva de la norma* que constituye la interpretación del enunciado definitorio, la escala de debilidad de las definiciones legislativas aparece robustecida en la praxis de cada uno de los órganos de la aplicación: las definiciones legislativas dotadas de mayor «dureza» parecen resistentes respecto a las normas obtenidas de otros enunciados del mismo documento (i.e., *cuerpo legal*), pero parecen las menos aptas para expandir su fuerza más allá del mismo.

— Si se considera que cabe configurar las definiciones legislativas como expresivas «partes de normas», habrá que convenir que las mismas expresan normas *en conjunción* con otros enunciados del mismo documento legislativo o, al menos, con otros enunciados que entran en el mismo sector disciplinar.

— Esta *conclusión*, importante en sede de interpretación, se debe tomar en cuenta en sede de técnica legislativa y en sede de elaboración automática de los datos jurídicos.

creación de los *elementos* del supuesto de hecho contemplado en la norma. Su fuerza constitutiva fundamentadora de consecuencias jurídicas la reciben sólo *en conexión con* otras normas jurídicas (110).

En séptimo lugar, y finalmente, en orden a este análisis *lógico-jurídico* (en el ámbito *deóntico*) de la norma del artículo 658 del Código Civil, lo que parece primario es la determinación de si el enunciado de la norma tiene carácter *prescriptivo* (esto es, *imperativo* frente a todos), o es, más bien, de carácter *descriptivo o asertivo* (fuere o no la norma «definitoria»).

— Como breve recapitulación de lo expuesto en este punto en torno al *análisis lógico-jurídico* del artículo 658 del Código Civil, podemos decir:

1.º Que lingüística y gramaticalmente, el enunciado es incorrecto y redundante, ya que los párrafos 1.º y 2.º son homogéneos y debieran formar uno solo, en tanto que el segundo —al día de hoy— es innecesario y puede inducir a confusión (¿legítima por sucesión intestada? ¿legítima por sucesión de los herederos forzosos?)

2.º Que la ambigüedad semántica es contextual y parece inducir a tomar como *presupuesto básico* de la proposición normativa un argumento tópico del tipo universal afirmativo [A], expresivo de una proposición modal hipotética que diga:

«Si hay sucesión *mortis causa* es necesario que sea la delación por testamento, por ley, o, en parte por uno, y en parte, por otra».

(O bien sustituir el subrayado «es necesario que sea» por otros del tipo «es imposible que no sea más que», o «no es posible que sea más que»).

Utilizando la simbología *deóntica*, sustituyendo las *expresiones*: «En el supuesto de sucesión *mortis causa* por la letra «p» y «la delación por testamento...» por la letra «q», la *cópula* proposicional o relación por el símbolo « \leftrightarrow » y las *conectivas* (111) proposicionales o sentenciales por sus correspondientes signos, tendríamos una formulación como ésta que sigue

«p \leftrightarrow q»

(formulación expresiva de una *conectiva bi-condicional* del tipo «Si y sólo si» o «exclusivamente»).

(110) Vid. K. LARENZ, «Metodología...», *op. cit.*, págs. 249-250.

(111) Vid. J. FERRATER MORA, *op. cit.*, voz «Conectivas», págs. 583 y sigs.

Por supuesto que caben otros añadidos al formulado aquí. Dado que el presunto *predicado* (acción) proposicional (testamento, ley, o en parte uno y otra) es del tipo *disyuntivo y exclusivo* (signos «V» y « \leftrightarrow »).

En cuanto a la *cópula o relación*, habitualmente condicional en las proposiciones modales hipotéticas («Si... entonces» o « \rightarrow »), al ser enunciado como «Si y solo si... entonces» lleva al signo « \leftrightarrow ».

3.º Que la utilización del referido argumento tópico lleva al desenvolvimiento de un típico argumento *a contrario*, con los inconvenientes aludidos y con resultados totalmente opuestos a los fines con el mismo pretendidos. La no implicación entre la hipótesis y la consecuencia jurídica (VILLAR PALASÍ) sugiere un posible descuido o error legislativo, sobre el que volveremos más adelante y un sobreentendido del cuantificador «solamente si».

4.º Que el resultado del uso del argumento *a contrario* conduce a una conclusión *negativa* («Por lo tanto, no es posible...»), que es una verdadera «proposición normativa», cuyo núcleo reside precisamente en una *suposición* la cual es la que lleva a la aplicación de la proposición negativa.

5.º Que al ofrecer muchas dudas la ambigüedad contextual discursiva en el precepto analizado, parece que cabría reputarlo como un tipo *sui generis* de «definición legislativa» de *los modos de delación sucesoria* (¿por descripción empírica?, ¿por enumeración de las características necesarias?, ¿operativa?, ¿norma *en conjunción con* otras normas del mismo cuerpo legal —Código Civil—?). Otro tema más de interpretación, por consiguiente.

6.º Que, de adoptar el último de los *tipos* mencionados, le serían aplicables las características indicadas por K. LARENZ acerca de las normas «delimitadoras», cuya fuerza constitutiva la recibiría de *su conjunción con* otra serie de normas. Es, por tanto, problema de interpretación.

7.º Que, ante el dilema —clásico entre nosotros el debate— acerca de si es norma *imperativa o dispositiva*, parece prudente apuntar hacia la cuestión acerca del carácter del *enunciado* de la norma, esto es: ¿prescriptivo, descriptivo, asertivo? La respuesta obvia —en lo que parece llevar razón R. HERNÁNDEZ MARÍN— es que *este tipo* de enunciado es de carácter *cualificatorio*.

— Con el precedente resumen se da cabal información, a lo que creo, acerca del análisis *lógico-jurídico* de la norma del *artículo 658 del Código Civil*, análisis que —*en parte*— parece aplicable de pleno a alguna otra norma ya indicada previamente (112).

(112) Me refiero *en concreto* a la norma contenida en el *artículo 991 del Código Civil*, a la que se aludió un tanto de pasada.

— Para una *perspectiva tradicional* de *estos dos artículos*, a mi juicio *incidentales* en la investigación, remito a los siguientes autores:

• **ARTÍCULO 658:**

— Vid. Miguel MORENO MOCHOLÍ, *Comentarios al Código Civil comentado y concordado...* (rev. de los comentarios de QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA), Tomo XII («De las sucesiones en general. De los testamentos»...), artículos 657 a 739, edición 2.ª, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950, págs. 36 a 45, *en especial págs. 43-45*. No aparece ninguna referencia de especial relevancia, ni en orden al artículo comentado ni en cuanto a nuestra investigación.

— Vid. Pascual MARÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil Español* (rev. de los Comentarios de José María MANRESA Y NAVARRO), Tomo V, Séptima Edición..., Ed. Reus,

- *Artículo 1271-2.º del Código Civil* (en su redacción de 1889, presentada anteriormente)

Una vez aludidas precedentemente *las notas más relevantes* del articulado aquí seleccionado objeto de nuestra investigación desde una perspectiva «generalizadora» aparente, parece ahora oportuno analizar la perspectiva de la norma precitada —*desde el perfil lógico-jurídico*— en los términos que siguen.

- • *Argumento típico doctrinal (tópico)*

En la primera aproximación genérica a toda la normativa seleccionada, en su aspecto *gramatical-sintáctico*, se expuso cómo *el párrafo 1.º* venía a ser el correspondiente a una definición «del tipo estándar» (en la dicción de R. HERNÁNDEZ MARÍN) (113) y cómo *este párrafo 2.º* venía a ser una *limitación o excepción* al principio general sentado en aquel apartado 1.º del precepto.

En su aspecto *semántico*, la norma contenida *en este párrafo 2.º* del precepto corresponde a una formulación doctrinal tópica cuyo punto de partida consiste en una proposición de la clase *universal negativa* («tipo E») de la LÓGICA FORMAL. El planteamiento teórico puede ser de este tipo:

- [1] «El supuesto de un contrato sobre herencia futura *que no fuere el de una división de un caudal inter vivos* no es posible (o no tiene validez).

S. A., Madrid, 1972, págs. 407-418. Ningún particular de interés para nuestro tema ni en orden al artículo aquí precitado.

• *ARTÍCULO 991:*

— Vid. José María MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español* (con introducción de FRANCISCO DE CÁRDENAS), Tomo VII, Cuarta Edición..., Impr. de la Revista de Legislación, Madrid, 1914, vid. págs. 360-364. Ningún detalle de interés para nuestro tema de investigación.

— Vid. Federico PUIG PEÑA, *Comentarios al Código Civil comentado y concordado...* (rev. de los Comentarios de QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA), Tomo XVII («Bienes reservables...»), artículos 968 a 1.034, quinta Edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944: págs. 433-446. Muy interesantes sus reflexiones acerca de *qué debe entenderse por «certeza» para los efectos de este artículo y de la prueba de la certeza*, acerca de *qué finalidad* pretende evitar la norma citada (perfectamente suprimible y sustituida por otra más adecuada) y en torno a *la justificación* del derecho del heredero (la norma sería *de alcance limitado*, sentando «una regla, o si se quiere un principio, para el solo caso de que la aceptación y la repudiación de la herencia, después de hechas, sean por alguien impugnadas») (selección y subrayados míos: J. C. G.).

(113) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, «Introducción...», *op. cit.*, págs. 274 y sigs.

Es así que el contrato X consiste en un contrato sobre una herencia futura que no es del tipo exceptuado.
Por lo tanto, el contrato X no puede tener validez».

También cabe argüir, operando con las leyes lógicas de sustitución, como sigue:

- [2] «Es imposible que exista ningún tipo de contrato sobre herencia futura (a no ser que fuere del tipo de la *divissio*...).
Es así que el contrato X es un contrato sobre herencia futura (de tipo no exceptuado).
Por lo tanto, es imposible el contrato X».

El formulado como [1] parece un modo FERIO perteneciente a la *primera figura* de los silogismos, en tanto que el [2] parece un modo FESTINO de los de la *segunda figura* de los silogismos.

Ahora bien, tanto en una como en otra formulación o planteamiento, las leyes de la LÓGICA FORMAL —aplicables como supletorias en la LÓGICA NORMATIVA o DEÓNTICA— son de ineludible observancia.

De la misma manera, también son aquí aplicables *los principios* de la referida LÓGICA FORMAL: de contradicción, de contrariedad, etc.

• • *Argumento crítico (deóntico)*

1. Apuntaba cómo el planteamiento doctrinal tópico parte de una premisa consistente en una proposición del tipo negativa-universal-preceptiva (*tipo E*), en el sentido clásico expresivo de: «*Es imposible que* todo supuesto de hecho S (que no sea...) tenga validez (consecuencia C)».

Proposición esta «*tipo E*», que mediante las leyes de sustitución (114) puede convertirse en otra u otras, expresivas de: «*Es necesario que* no sea...», o «*No es posible que* sea...».

2. La introducción de «cuantificadores», «functores» o partículas conectivas (todos, ningún, alguno...), en combinación con los conceptos proposicionales modales (necesario, posible, imposible) y con las proposiciones deónticas o normativas (obligatorio, prohibido, permitido), conduce a una serie entrelazada de *relaciones* entre actos, modalidades y proposiciones que solamente desde el punto de vista de la LÓGICA FORMAL cabe entender. A idénticos resultados lleva la aplicación supletoria de tales reglas y relaciones desde la perspectiva de la LÓGICA NORMATIVA (DEÓNTICA).

(114) Vid. J. FERRATER MORA, *op. cit.*, voz «Oposición», págs. 2441 y sigs., voz «Deóntico», págs. 745 y sigs.; G. KALINOWSKI, *op. cit.*, págs. 49 y sigs.

De las reglas de la LÓGICA DEÓNTICA (115) se desprende: 1) que «si algo (acto) es *obligatorio*, es que *es permisible*»; y 2) que «si un acto es *imposible*» no parece aceptable y normal entender que el acto *no es permisible*.

Lo que parece claro es que la argumentación de partida precitada de la proposición del «tipo E» («Es imposible que...») es una de tantas expresiones del derecho cuyo sentido es presupuesto por el legislador como uno más de los «functores proposicionales normativos» a utilizar (G. KALINOWSKI) (116). Entre ellos cita el autor los de: «...debe hacer...», «...debe no hacer...», «...tiene el derecho de hacer...», «...tiene el derecho de no hacer...», y «...puede hacerlo y no hacerlo...». Son los que KALINOWSKI denomina «los (principales) cinco funtores deónticos». A su vez, las *relaciones* entre los funtores proposicionales deónticos forman el que KALINOWSKI (siguiendo a J. RAY) llama «el cuadrado lógico deóntico» (117). La tesis de KALINOWSKI establece entre los argumentos de las *proposiciones normativas* una relación, la denominada «*relación de la posibilidad unilateral de hacer*», posibilidad caracterizada por la tesis siguiente [(131)(T5)]:

$$CS \ x \ a \ P \ x \ a$$

tesis que afirma que está permitido hacer *a* si es obligatorio hacerlo.

El sistema de KALINOWSKI —sistema K1— tiene por *axioma único* la tesis [(130)(A)]:

$$CNP \ x \ Na \ P \ x \ a$$

tesis que se lee: «Si *x* no tiene el derecho de hacer no-*a*, entonces tiene el derecho de hacer *a*».

En definitiva, a mi modo de ver, una proposición normativa *permisiva*.

3. En la aplicación de las reglas precedentes de la LÓGICA DEÓNTICA a nuestro supuesto normativo contemplado, observamos, por otra parte, cómo aquel presupuesto de partida de la proposición «tipo E» no es exacto, dado que en la propia norma hay una *limitación* (no... a no ser que...) a la prohibición, lo que *prima facie* parece conducir a una proposición distinta particular positiva (*tipo I*) del sentido siguiente:

«Cuando hubiere un contrato sobre herencia futura de objeto división *intervivos* será válido (consecuencia C)».

(115) Vid. J. FERRATER MORA, *op. cit.*, voz «Deóntico», cit., págs. 745 y sigs.

(116) Vid. G. KALINOWSKI, *op. cit.*, pág. 49.

(117) Vid. precedentemente, en *notas 84 y sigs.* Remito a lo allí expuesto.

Este cambio de proposición de un «*tipo E*» a un «*tipo I*» lleva a la imposibilidad lógica de cualquier cotejo con otro tipo de contrato sobre herencia futura, dado que —conforme a las leyes de la LÓGICA FORMAL, aquí supletorias— de dos premisas con proposición particular no es posible una conclusión negativa universal.

Por consiguiente, parece que la premisa de partida sólo podría ser una proposición del «*tipo O*», esto es, particular-negativa-prescriptiva, en el sentido de:

«Algunos contratos sobre herencia futura (distintos del de división *inter vivos*...) no son válidos (posibles)».

Tampoco con este planteamiento cabría, de un cotejo con otro supuesto *particular*, extraer ninguna conclusión negativa universal (118).

4. Razonado previamente que la pretendida «prohibición» lo que incapsula es una *permisión*, se vuelve al dilema ya presentado anteriormente en torno al carácter del *enunciado* de la norma: prescriptivo, asertivo, permisivo, cualificadorio, etc.

— Una recapitulación sucinta de lo expuesto en torno al *análisis lógico-jurídico* del artículo 1271-2.º del *Código Civil*, nos permite afirmar:

1.º Que el *enunciado*, limitación o excepción al principio general del párrafo 1.º precedente, *gramaticalmente* deja bastante que desear (y sin entrar en este momento en los *porqués* del «porqué» de su origen).

2.º Que la indeterminación relativa del contenido de la proposición parece tomar como *presupuesto el argumento tópico* de tipo universal negativo («*tipo E*»), expresivo de una proposición modal hipotética que diga:

«Si hay un contrato *que no sea una división de caudal inter vivos no puede tener por objeto una herencia futura*».

También cabe la *sustitución* de «no puede tener» por las equivalentes del tipo «Es necesario que no sea...», o «No es posible que sea...».

(118) Muy parecida sería la argumentación tomada de la LÓGICA FORMAL —y adoptada en la LÓGICA NORMATIVA— para el análisis del *artículo 991 del Código Civil* (análisis *excluido*, como se dijo): en orden a la *proposición* de partida, aparentemente «*tipo E*» (por el carácter indebidamente atribuido a la norma como «general» del *sistema* —¿no sería preferible la voz «conjunto»?—, cuando en realidad es *particular*, limitada a uno de los «elementos» —aceptación/renuncia de herencia— del «conjunto»), pero sustituible por otra de «*tipo O*» o de «*tipo I*», conforme a las leyes deónticas; en orden a la aplicación de las reglas silogísticas de la LÓGICA FORMAL acerca del argumento de la *suposición* de un enunciado «prescriptivo» de tipo prohibitivo; y en orden a las partículas («functores») conectivas de aplicación al supuesto. Remito a lo dicho en páginas precedentes.

Conforme a la simbología deóntica, con la sustitución de las *expresiones* del enunciado tendríamos que: «Si hay un contrato que no sea una división de caudal *inter vivos*» y se sustituye por la letra «p» y «tener por objeto una herencia futura» se sustituye por la letra «q»; siendo la cópula proposicional (verbo) la relación con el símbolo «→»; y las *conectivas* proposicionales respectivas por sus signos; tendríamos una formulación proposicional del tipo de

$$\langle p \leftrightarrow q \rangle$$

(formulación expresiva de la conectiva *bi-condicional* ya conocida del tipo de «si y sólo si» o «exclusivamente») (119).

3.º Que el resultado del *análisis lógico-deóntico* lleva a la consecuencia de una norma aparentemente prescriptiva, pero que *in nuce* contiene una *permisión*.

4.º Que, por las razones antedichas, la proposición normativa contenida en el precepto analizado contiene un *enunciado* de tipo *qualificatorio* y un tanto descriptivo.

— Con todo lo cual, queda, a mi juicio, perfilado el *análisis lógico-jurídico* del artículo 1271-2.º del Código Civil.

- *Artículo 816 del Código Civil* (en la redacción *tradicional* más arriba presentada)

Aludidas previamente *las notas más relevantes* de todo este articulado seleccionado objeto de nuestra investigación desde una perspectiva aparentemente «generalizadora», parece oportuno en este lugar proceder al *análisis lógico-jurídico* de esta norma precitada, como sigue:

- *Argumento doctrinal (tópico)*

El aspecto *gramatical-sintáctico* había evidenciado una primera nota de característica *particular* (o limitada a *una concreta institución*: las legítimas) y una segunda nota aparentemente «bi-condicional» (inciso final del párrafo 1.º y todo el párrafo 2.º).

El aspecto *semántico* de la proposición normativa (120) parece corresponder nuevamente a una premisa cuya proposición es del tipo *universal*-

(119) No pretendo ni quiero volver a la demostración, ya apuntada por los lógicos deónticos, de que con ello se vuelve a una argumentación del tipo *a contrario*.

(120) Hago constar expresamente *la no mención* por mi parte en este lugar de la sutil *distinción* que expusiera años atrás A. DE FUENMAYOR, a la que se hará referencia más adelante en otro lugar de la investigación.

negativa («tipo E»), de las de la LÓGICA FORMAL. El planteamiento teórico puede ser del tipo que sigue:

- [1] «Es imposible que exista ningún tipo de renuncia/transacción sobre una legítima futura.
Es así que el contrato *x* recae sobre una legítima futura.
Por lo tanto, el contrato *x* no puede tener validez».

También cabe operar, mediante las leyes de reemplazo o sustitución de la LÓGICA FORMAL, como sigue:

- [2] «Sobre la legítima futura no es posible (no es válido) ningún contrato de renuncia/transacción.
Es así que el contrato de renuncia/transacción *x* recae sobre una legítima futura.
Por lo tanto, el contrato *x* no es posible (no es válido)».

El planteamiento formulado como [1] parece ser un modo FESTINO de los de la *segunda figura* de los silogismos, mientras que el [2] parece ser un modo FERIO de los de la *primera figura* de los silogismos.

Según ya se expuso, tanto en una como en otra formulación o planteamiento, son de estricta observancia todas las leyes de la LÓGICA FORMAL (supletorias, aplicables, por lo tanto, de la LÓGICA NORMATIVA o DEÓN-TICA), principios de contradicción, etc.

• • *Argumento crítico (deóntico)*

1. Parece obvio el planteamiento de base consistente en una proposición «tipo E» (negativa-universal-preceptiva) en el sentido clásico de:

«*Es imposible que todo supuesto de hecho S pueda tener validez (Consecuencia C)*».

Esta proposición «tipo E», también en virtud de las leyes de sustitución de la LÓGICA —precitadas— pasa a convertirse en otra u otras, expresivas de: «*Es necesario que no sea...*», o «*No es posible que sea...*».

2. A mi juicio, son igualmente adecuadas en este lugar las referencias a los «funtores», «cuantificadores», «conectivas», proposiciones modales y proposiciones normativas o deónticas. Consiguientemente, valen las consideraciones presentadas en orden a los «cinco funtores deónticos» y al «cuadrado lógico deóntico» de G. KALINOWSKI.

De todo lo cual también aquí cabe deducir: 1.º que «si un acto es *obligatorio (prohibido)*, es por tanto permisible»; 2.º que «si un acto es *impo-*

sible» no resulta de las reglas lógicas como normal ni aceptable el entender que dicho acto *no sea permisible*.

Parece obviamente de relevante incidencia la denominada por G. KALINOWSKI: «*posibilidad unilateral de hacer*» (121). Esto es, a mi juicio, una *permisión*.

3. Una particularidad de la proposición normativa contenida en este artículo es la aparente «condicionalidad» de los apartados siguientes a la *prohibición* sentada en el inciso inicial del precepto. Lo que ocurre es que la norma conlleva *en la consecuencia jurídica* (C) una doble «implicación»: la de la reclamación abierta a los herederos forzosos perjudicados; y la de la imposición de colación, en su caso. A mi modo de ver, se trata de una partícula *conectiva* del tipo «*veritativo-funcional*», afectando a las consecuencias del acto.

4. A la vista de lo expuesto, siendo obvio que la norma, aparentemente *prescriptiva*, es permisiva (puesto que, según vimos, lo que es imperativo u obligatorio equivale a que está permitido), traslada el planteamiento a otro plano, esto es, el de los posibles *perjudicados* por el acto prohibido. Con lo cual, si el postulado presupuesto de «*tipo E*» pasare a ser otro de «*tipo I*» (proposición afirmativa-particular-assertiva), vendría a ser de este tipo:

«Si (cuando, en el supuesto de) hubiere una renuncia/transacción sobre la legítima futura con perjuicio de los herederos forzosos, tendrán éstos acción...».

Con un tal planteamiento, ante el cotejo de la premisa mayor citada con otro supuesto concreto de hecho (obviamente, también *particular*), no sería posible en modo alguno extraer conclusión negativa universal, en virtud de las reglas básicas de todo silogismo, según ya se expuso.

5. Postulado lógicamente el argumento de que la pretendida «prohibición (= NULIDAD) lleva *in nuce* una *permisión*, volvemos de nuevo al tema de carácter del *enunciado* propuesto por la norma: enunciado, al parecer, a mi juicio, nuevamente descriptivo y cualificadorio.

— Una recapitulación breve acerca del *análisis lógico-jurídico* del artículo 816 del Código Civil, permite efectuar estas precisiones:

1.^a Que gramatical y sintácticamente el enunciado es muy defectuoso, manifiestamente mejorable.

2.^a Que la proposición normativa *prohibitiva* parece tener como modelo el del tipo universal-negativa («*tipo E*») de las de la LÓGICA FORMAL, expresivo de una proposición modal hipotética que diga:

«*Es imposible que exista* ningún tipo de renuncia/transacción sobre una legítima futura».

(121) Remito a lo más arriba expuesto en la nota 117, a las Tesis que el autor citado denominó [(131) (T5)] y [(130) (A)].

Cabe la *sustitución* de «Es imposible que exista» por las equivalentes del tipo «Es necesario que no sea», o «No es posible que sea».

Conforme a las notaciones de la DEÓNTICA, procediendo a las correspondientes sustituciones de las *expresiones* indicadas en el enunciado, tendríamos que:

«Ningún tipo de renuncia/transacción sobre una legítima futura» se sustituye por la letra «p»; «(ES) imposible que exista» (consecuencia jurídica) se sustituye por la letra «q»; la cópula proposicional o verbo ser «es» por el símbolo «→»; y las *conectivas* proposicionales por sus signos; obtendremos una formulación proposicional del tipo de

«p → q»

(formulación expresiva de la conectiva *condicional* clásica conocida como «Si... entonces...»).

3.^a Que *el resultado de la «implicación»* afectante a la consecuencia jurídica (C), combinado con la conectiva «veritativo-funcional», apunta a los posibles perjudicados (herederos forzosos) por las derivaciones de la acción prohibida por la norma. Lo que, *sede materiae*, está *implícito* en la normativa sectorial acerca de la regulación legitimaria y *explícito en el artículo 6.2 del Código Civil* (bien apuntado ya, como vimos, por R. HERNÁNDEZ MARÍN).

4.^a Que el *análisis lógico-deóntico* lleva, de nuevo, a la consecuencia de una norma aparentemente prescriptiva, que *in nuce* contiene una *permisión*.

5.^a Que, como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, la proposición normativa contenida en el precepto aquí analizado contiene un *enunciado cualificadorio* y algo descriptivo.

— Resulta, a mi juicio, suficientemente delimitado el *análisis lógico-jurídico* del artículo 816 del Código Civil.

c) Análisis del contenido de la normativa referida

Una vez desenvueltos los aspectos atinentes al *perfil lógico-jurídico* de las proporciones normativas, seleccionadas (arts. 658, 1271-2.º y 816 del Código Civil), procede en este momento el paso al análisis del *contenido* concreto de cada una de las normas arriba mencionadas, análisis que se efectúa en el mismo orden precitado como sigue.

• *Artículo 658 del Código Civil*

La norma, obviamente, se refiere a *los modos de delación mortis causa* y se ubica con carácter pretendidamente *generalista* entre las «Disposiciones Generales» del *Título III (Sucesiones) del Libro III del Código Civil*.

Una primera lectura exclusivamente *gramatical-sintáctica* ha detectado cómo *el párrafo 2.º* es redundante y superfluo y que *los párrafos 1.º y 3.º* debidamente ensamblados permiten una lectura *semántica* dotada de alguno de estos *significados*:

- [1] «La sucesión *mortis causa* puede deferirse por voluntad del hombre manifestada en testamento o por disposición de la ley, o, en parte, por una u otra forma».
- [2] «Si se produce (o existe) una sucesión *mortis causa* por una forma de delación siguiente (testamento, ley, o, en parte, uno, y en parte, otra) tendrá validez».
- [3] «Si se presenta una delación del tipo (testamento, ley, o en parte, uno, y en parte, otra) existe una sucesión *mortis causa*».

Para el significado [1] el símbolo deóntico sería

$$\langle p \leftrightarrow q \rangle$$

Al intercalarse una partícula conectiva («functor») binaria de la modalidad de disyunción exclusiva: entendiendo por «p» el sujeto proposicional, y por «q» la variable (o «functor») disyuntiva. La cópula o implicación nominal verbal *es la misma empleada hoy* en el Código Civil, esto es, «pueden», lo que denota conforme a las reglas deónticas que lleva implícita la ausencia de imperatividad u obligatoriedad.

Para el significado [2] el símbolo correspondiente sería

$$\langle p [n_1, n_2, n_3] \rightarrow q \rangle$$

En el que el sujeto proposicional «p» tendría la *implicación material* [] n_1, n_2, n_3] alusiva a la hipótesis de hecho compuesta de alternativas, y por «q» la consecuencia jurídica. La cópula es la típica conectiva binaria *condicional* del tipo «si... entonces...» [→].

Para el significado [3] el símbolo correspondiente sería

$$\langle p [\wedge; _ !] \rightarrow q \rangle$$

en el que el sujeto proposicional «p» viene afectado doblemente por las partículas conectivas binarias de *conjunción* (\wedge) y de *disyunción exclusiva* [$_ !$] que cualifican el supuesto de hecho en forma alternativa; y en «q» está

la consecuencia jurídica. La cópula continúa siendo la prototípica conectiva condicional «→» («si... entonces...»).

Una segunda lectura, nada sesgada ni aventurada, por lo ya reflejado previamente, permite la no admisión ni de la *premisa tópica* del tipo proposicional «A» (*afirmativa universal*) ni de la argumentación *a contrario* tradicional y derivada de ella. Lo que la lectura *semántica* ofrecida nos sugiere alude más bien, a una proposición *afirmativa particular (tipo I)* en cada uno de los significados [1], [2] y [3] antes ofrecidos. Proposición que, obviamente, en ninguno de los casos tiene un *enunciado* imperativo, obligatorio o prohibitivo.

Una tercera lectura, por consiguiente, deja entrever con claridad notoria la característica de *norma dispositiva*, puesta «a disposición» del hombre y, en consecuencia, al destinatario de la norma le es lícito perfectamente considerar que el «functor proposicional *normativo*» (122) —aquí, el «puede», o las proposiciones «*tipo I*» de los significados presentados— le concede las facultades (*permisión*) o derecho de hacer o de no hacer lo previsto por la norma.

Una cuarta lectura, enmarcada en ese centro argumentativo de un discurso *asertivo*, de enunciado *cualificatorio*, lleva a entender que el sentido «permisivo» indicado a lo que apunta es a la eficacia o la ineficacia de la proposición normativa.

Una quinta lectura lleva a la ubicación de esta norma —verdadera «regla conceptual» o «directiva»—, *dentro* del amplio grupo de las que K. LARENZ (123) denomina «normas delimitadoras», en el subgrupo de normas «incompletas», esto es, necesitadoras de un complemento u otra norma que le dé sentido y atribuya un significado relevante.

Una sexta lectura permite señalar importantes *elementos diferenciadores* dentro del precepto, en relación con lo que la doctrina italiana —con G. TARELLO— (124) ha considerado como «definición legislativa» propia, y que más bien apuntan al amplio conjunto que R. HERNÁNDEZ MARÍN (125) bautizara como «patología de las definiciones legales» y en el que el precepto analizado vendría a ser «un enunciado jurídico cualificatorio *en función* de definición». Lo que nos lleva, dentro de este apartado de *lógica deóntica*, al punto de la *eficacia* de los enunciados jurídicos y a la incidencia de la partícula conectiva («functor») *veritativo-funcional* derivada de los compuestos proposicionales (126).

Una séptima lectura, finalmente, admitida por obvia *la premisa de partida* de tratarse de una proposición *afirmativa singular (tipo I)*, y puesta en

(122) Vid. G. KALINOWSKI, *op. cit.*, págs. 49-50.

(123) Vid. K. LARENZ, «Metodología...», *op. cit.*, págs. 249 y 250 y sigs.

(124) Vid. G. TARELLO, «L'interpretazione...», *op. et loc. cit.*

(125) Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, «Introducción...», *op. cit.*, págs. 278 y sigs.

(126) Vid. J. FERRATER MORA, *op. cit.*, voz «Veritativo-funcional», págs. 3416 y sigs.

relación con una segunda premisa X (referente a un posible supuesto de hecho futuro, debatido o no en proceso) que es —también obviamente— *otra* proposición afirmativa singular («tipo I»), parece evidente, que, por aplicación de las leyes generales de la LÓGICA FORMAL —aplicables también a la LÓGICA DEÓNTICA o NORMATIVA—, nos lleva a la consecuencia de: 1.º) de dos premisas *particulares* no cabe una conclusión *universal*; 2.º) o en una, o en otra, de las premisas, el término de comparación (TM) o *medio*, necesariamente ha de ser universal. Todo ello, sin embargo, dejando a un lado el resto de *las reglas* de la LÓGICA y de las PROPOSICIONES MODALES, que quedan aquí simplemente apuntadas y a las que remito.

• *Artículo 1271-2.º del Código Civil*

La norma tiene un carácter pretendidamente *generalista* al figurar en la Sección 2.ª (Objeto del contrato) del Capítulo II (Requisitos esenciales de validez de los contratos) *del TÍTULO II (Contratos) del Libro IV del Código Civil*, lo que implica su adscripción primaria al *sector normativo «OBLIGACIONES»* y, dentro del mismo, al subconjunto relativo a los caracteres de *todo objeto* del contrato.

Una primera lectura, *gramatical-sintáctica* ha detectado cómo *este párrafo 2.º*, redactado en forma negativa y confusa, introduce una proposición *limitativa* del principio general de admisión de «contratos sobre cosas futuras» sentado en el párrafo 1.º precedente.

Una segunda lectura *semántica* permite una lectura del *significado* siguiente:

«Si se presenta un contrato *que no sea* una división de caudal *intervivos* no puede tener como objeto una herencia futura».

Para este significado el símbolo deóntico sería

$$\langle p \leftrightarrow q \rangle$$

(formulación expresiva de la conectiva *bi-condicional* ya conocida del tipo «si y sólo si» o «exclusivamente») (127).

Indicado el significado de la conectiva o «functor» proposicional, la implicación verbal es *la misma* del Código Civil (redacción *de 1889*), esto es, «no puede», lo que conforme a la LÓGICA DEÓNTICA implica la no-imperatividad o no-obligatoriedad.

Una tercera lectura, deducida del planteamiento tópico habitual entre nosotros de un punto de partida de proposición «*tipo E*» (*negativa-universal*-

(127) Remito aquí a la precedente *nota 119*.

preceptiva) y de la combinación con el argumento *limitativo* (no ... pero a no ser que), sugiere más bien un presupuesto basado en una proposición *afirmativa particular* (tipo I), proposición que en ningún caso tiene un *enunciado* imperativo, prohibitivo u obligatorio, sino dispositivo.

Una cuarta lectura permite deducir la nota característica de toda *norma dispositiva*, esto es, puesta «a disposición» del hombre, destinatario de la norma: obviamente, conforme a las reglas de la LÓGICA DEÓNTICA, el «functor proposicional normativo» del precepto («puede», «no puede») concede las facultades (*permisión*) o derecho de hacer o de no hacer lo previsto por la norma.

Una quinta lectura, también dentro de un típico discurso *asertivo*, conlleva a la consideración de que tal proposición normativa contempla un enunciado *cualificadorio*. O, de otro modo expuesto, el sentido permisivo a lo que alude es más bien a la eficacia o a la no eficacia de tal proposición normativa prohibitiva.

Una quinta lectura, tras la exposición de las argumentaciones de K. LARENZ y R. HERNÁNDEZ MARÍN (128), parece apuntar a la *no confusión* de la distinción entre normas imperativas-normas dispositivas con el tipo de discurso y enunciados empleados en unos y otras.

• Artículo 816 del Código Civil

La norma tiene un carácter obvio *localista* o *particular*, relacionado con una concreta *institución* (*Legítimas*), en la Sección 5.^a del Capítulo II (Herencias) del *sector normativo* «SUCESIONES» (*Título III*) del *Libro III del Código Civil*.

Una primera lectura *gramatical-sintáctica* evidencia notables *insuficiencias*, que sagazmente había intuido nuestra mejor doctrina —a la que luego se alude—, insuficiencias que *prima facie* presentan estos defectos gramaticales: primero, la conexión o no conexión entre los vocablos «renuncia» y «transacción»; segundo, la *implicación* o no con uno u otro vocablo del inciso «entre el que la debe y los herederos forzosos»; tercero, el functor proposicional *adverbial* «toda» con el que comienza el precepto, de muy dudosa admisión teórica y de más que dudosa vigencia práctica; cuarto, que parece *implícita* una distinción entre las renunciaciones a título lucrativo (asimilables, en línea de principios, a las *donaciones*) y las renunciaciones a título oneroso.

Una segunda lectura *semántica* permite una lectura de un contenido de la norma del siguiente *significado*:

(128) Vid. K. LARENZ, *op. cit.*, págs. 245 y sigs.; R. HERNÁNDEZ MARÍN, *op. cit.*, págs. 221 y sigs., 226-228.

«Si hubiere una renuncia/transacción sobre la legítima futura con perjuicio de los herederos forzosos, tendrán éstos acción...»

Para este significado el símbolo deóntico sería

« $p \rightarrow q$ »

(formulación expresiva de la conectiva *condicional* clásica conocida como «Si... entonces...»).

Una tercera lectura afecta a la consecuencia jurídica (C), en combinación con el «functor» o conectiva «veritativo-funcional», en cuanto que los posibles perjudicados por la *acción* que prohíbe la norma (herederos forzosos) ya disponían de unos medios procesales instrumentales clásicos como son: los específicos (arts. 813 y 817) y el genérico (art. 6.2 del Código Civil).

Una cuarta lectura, típica de la LÓGICA DEÓNTICA o NORMATIVA, sugiere que todo «functor proposicional normativo» del tipo «se prohíbe», «nulo», «no vale», lleva implícita la presuposición en el legislador de que «si es obligado hacerlo, entonces está permitido hacerlo» o «si está prohibido hacerlo, entonces está permitido no hacerlo». Lo que conduce, de acuerdo con tales reglas deónticas, a la concesión de una *permisión* (facultad de hacer, de no hacer, lo prescrito por la norma).

Una quinta lectura, una vez más, convence de que tal proposición normativa analizada contempla un enunciado *qualificatorio*, lo que alude, más bien, a la eficacia o a la ineficacia de tal proposición normativa.

Una sexta lectura permite reiterar la *no confusión* anteriormente descrita a la que aludiera R. HERNÁNDEZ MARÍN.

VI. UNA RECAPITULACIÓN GENERAL

Básicamente la investigación efectuada por el autor —cerrada en *el año 2002*— acerca del *porqué* de la «prohibición de la sucesión contractual en el Código Civil», concretada y desenvuelta en la correspondiente Tesis Doctoral (actualmente, en curso de publicación), requería un uso extensivo e intensivo de todos los cánones de interpretación de posible aplicación al tema investigado.

A las razones o matizaciones del no uso en este trabajo de todos los referidos cánones hermenéuticos me había referido en páginas precedentes.

Respecto del *uso parcial* de tales cánones interpretativos y de su reducción al *canon semántico*, siempre en relación a la normativa del Código Civil matizada en esta investigación, es de lo que ha tratado el presente trabajo.

Ahora parece procedente un alto en el *iter expositivo* y considerar la posibilidad de una recapitulación general acerca de lo aquí desenvuelto. Recapitulación que, a mi parecer, podría aludir a los *puntos* siguientes:

1.º Esta investigación toma como punto de partida el «topos» o «*proposición jurídica*» habitual entre nosotros expresivo de «*la prohibición de sucesión contractual en el Código Civil*».

Es postulable —a mi juicio— la característica esencial de tal «proposición jurídica» de ser constitutiva de un «lugar común» y al que le pueden ser de aplicación, *genéricamente*, las ideas aportadas por T. VIEHWEG sobre tales «topoi» (acerca de su relación con la Ciencia del Derecho y su fundamentación, con la dogmática jurídica, con la teoría retórica de la argumentación jurídica, con la tópica como «una técnica del pensamiento de problemas», con el razonamiento jurídico en un sistema tópico y con la función de los tópicos).

2.º Respecto de la posterior identificación de dicho «lugar común» con un concepto jurídico que traduzca aquella indeterminada «prohibición general», y su consiguiente paso a la norma jurídica concreta en que desembocare aquel principio general prohibitivo, se ha detectado la falta de unanimidad doctrinal acerca de la norma en la que cupiera enuclear aquella «prohibición» (o principio general prohibitivo) y se ha postulado una conveniente *revisión* de tanto «lugar común» entre nosotros.

3.º En el *análisis preliminar* de la investigación, los pasos desenvueltos han consistido en la delimitación de estos *puntos*: *primero*, acerca de la ubicación de la referida «proposición jurídica» dentro de nuestro sistema normativo (su ubicación, su materia proteiforme, sus varios perfiles); *segundo*, acerca del análisis semántico y/o lingüístico de tal «proposición jurídica» (su perfil dominante y su encuadre en el sistema, su semántica, su contenido); y *tercero*, acerca de la concreción de tal «proposición jurídica» en una norma específica del Código Civil (la variabilidad de las posiciones doctrinales en este punto, la evidencia de la experiencia transmitida a través de los supuestos litigiosos (previamente examinados), el deslinde de las cuestiones básicas en este punto) (existencia, validez, legitimidad, concreción normativa).

4.º Se ha considerado oportuna una reducción de las diferentes normativas postuladas y se ha situado la investigación *en una muy concreta normativa*: la de los artículos 1271-2.º y 816 del Código Civil (en la formulación *tradicional, hasta el 2002*).

5.º Intuida la conveniencia de una interpretación de las «proposiciones jurídicas normativas», y efectuado un repaso selectivo de las perspectivas de autorizados expositores en torno al tema de la *interpretación normativa* (en general), tales perspectivas me han permitido el desenvolvimiento de algunas de las ideas de los maestros y el uso adecuado de los *cánones o criterios hermenéuticos* típicos de toda argumentación jurídico-práctica interpretativa.

6.º Terminada la exposición de los argumentos acerca de la «interpretación normativa» *en general*, se ha pasado a un uso del *canon semántico o filológico* en torno a *la específica* interpretación normativa de los artículos 1271-2.º y 816 del Código Civil.

Previamente se han retomado las reflexiones de los especialistas en orden a la «*lógica jurídica*», con la intención de hacer uso de la terminología, los conceptos y las ideas aportadas.

Seguidamente se ha procedido a un *análisis semántico* de cada una de las normas del Código Civil *postuladas* por la doctrina, distinguiendo —dentro de cada una— *dos aspectos*: uno, el de la norma o regla como tal, y otro, el del enunciado jurídico que cada una contiene.

Finalmente, se ha intentado, en una primera aproximación, *el análisis lógico del articulado concreto* al que *esta investigación* se contrae (arts. 658, 1271-2.º y 816 del Código Civil): todas ellas de enunciado cualificadorio y de un *discutible* carácter prescriptivo (en la dicción de la moderna doctrina).

7.º Base de partida para el análisis *lógico-formal o semántico* de las normas seleccionadas, es el centrar las cuestiones que pueden suscitarse alrededor del mismo en estos tres *temas*: *a)* caracteres (genéricos) de las normas examinadas; *b)* análisis de la proposición jurídica normativa respectiva («Si $S \rightarrow C$ » o « $p \rightarrow q$ »); *c)* análisis del contenido de la normativa referida.

En cuanto a los *caracteres genéricos* de las normas examinadas, se ha partido de la noción aristotélica de «proposición», se ha aludido a las proposiciones morales «hipotéticas», se han inter-relacionado las diferentes «proposiciones normativas», se ha analizado el juego de la típica norma hipotética con su también típico enunciado jurídico *condicional*, y se han diferenciado los diferentes tipos de enunciados jurídicos. Finalmente, y en cuanto a la tradicional distinción entre *normas imperativas* y *normas dispositivas*, se ha recogido la exposición de los autores que entiendo más representativos.

En cuanto al *análisis de la proposición jurídica normativa respectiva* («Si $S \rightarrow C$ » o « $p \rightarrow q$ »), se han distinguido, dentro de cada una de las normas seleccionadas (arts. 658, 1271-2.º, 816 del Código Civil), varios aspectos: la consideración doctrinal mayoritaria (argumento tradicional), la revisión crítica (argumento deóntico) y mi personal perspectiva en este ámbito. Se hizo especial énfasis en el análisis del artículo 658 en su sentido *lógico-jurídico*, como tópica argumentación de presunta «norma de cierre» del sistema.

En cuanto al *análisis del contenido de la normativa referida*, se han recapitulado, dentro de cada una de las normas seleccionadas (arts. 658, 1271-2.º, 816 del Código Civil), una serie de aproximaciones o lecturas: la perspectiva gramatical-sintáctica, la perspectiva semántica, la visión deóntica, la relación entre las proposiciones normativas implicadas, la ley de equivalencia «obligatoriedad-permisividad» y la caracterización de los enunciados respectivos de cada norma precitada.

8.º Al proceder a las consideraciones conclusivas en torno al *análisis lógico-jurídico* de las normas examinadas se ha comprobado la insatisfactoria *atribución tópica* a dichas concretas normas de la ubicación del pretendido «lugar común» o principio general de «*la prohibición de sucesión contractual en el Código Civil*» y la insuficiencia de las argumentaciones lógico-deónticas indicativas del sentido general prohibitivo-prescriptivo de *los enunciados contenidos* en las normas referidas.

Al traducir los respectivos *enunciados* de las normas analizadas se ha llegado a la conclusión —homogénea en todas ellas— de ser enunciados abiertos, cualificatorios y un tanto descriptivos.

Así las cosas, *cada una* de esas normas concretas tiene una idéntica caracterización: como norma permisiva regulativa (*dispositiva*, por consiguiente), de conducta, y, en su mayor parte, todas ellas «heredadas» por vía de la tradición (*especialmente*, la castellana).

VII. UNAS REFLEXIONES FINALES

La perspectiva de la normativa del Código Civil aplicable al tema de investigación toma *como punto de partida* la evidencia de que el Derecho es un sistema o conjunto de normas. Se toma en cuenta, por lo tanto, la noción de «proposición jurídica» y, dentro del grupo amplio de tales «proposiciones jurídicas» se ubica la proposición objeto de esta investigación (*la prohibición de la sucesión contractual en el Código Civil*) que va implícita en la regla *viventios non datur hereditas*.

En el desenvolvimiento de la investigación, tomado prestado ese presupuesto básico acerca de las «proposiciones jurídicas normativas», se ha llegado a unos *resultados* que parece, en mi opinión, dignos de ser tomados en consideración.

Todo lo cual lleva al autor de este trabajo a postular las *reflexiones conclusivas* que siguen:

1.^a La investigación se ha centrado fundamentalmente *en un articulado muy concreto del Código Civil* (arts. 658, 816, 1271-2.º), aplicable al tema investigado.

2.^a El *análisis semántico (filológico)* de la normativa precitada de aplicación al tema de investigación ha procedido: al deslinde de los caracteres de tales normas (dentro de los variados tipos de normas jurídicas); a la delimitación de la proposición jurídica normativa respectiva («Si S→C») desde las perspectivas de la argumentación tradicional (tópica) y de la argumentación crítica (deóntica), y a la delimitación del contenido de la normativa referida.

3.^a Los resultados del análisis semántico precitado lleva a la consideración de que tales normas precitadas tienen una apariencia prescriptiva, pero que *in nuce* contienen una permisión.

4.^a El contenido de tal normativa analizada viene a mostrar unos enunciados de tipo cualificatorio y descriptivo.

5.^a La «proposición jurídica» («*la prohibición de sucesión contractual en el Código Civil*») objeto de la investigación no parece traducirse en una concreta norma del Código Civil.

6.^a La *revisión* de la referida «proposición jurídica» apunta al dato obvio de tratarse de *un lugar común* más, no identificado con un concepto jurídico claro, y a la necesidad de poner en relación dicha «proposición» con la problemática más amplia referida al ordenamiento jurídico general del Estado Español. O, de otro modo dicho, *el tema central* será el de si existe un único sistema jurídico *privado* global, o el de si existen varios sistemas (o subsistemas, en su caso) concurrentes dentro de un gran sistema único.

RESUMEN

SUCESIÓN CONTRACTUAL

*Uno de los procedimientos utilizados a lo largo de la elaboración de la Tesis Doctoral (titulada «La prohibición de la sucesión contractual en el Código Civil») de la que este artículo trae causa ha sido el del camino de la normativa del Código Civil de posible aplicación al tema analizado. Camino que parte de la evidencia de que el Derecho consiste en un sistema o conjunto de normas o reglas y, por consiguiente, de una noción de «proposición jurídica». A su vez, dentro del amplio grupo de proposiciones jurídicas, se ubica la proposición jurídica precitada objeto de la Tesis y que aparece implícita en la regla *viventis non datur hereditas*.*

En el artículo —y en la Tesis— se postula que la referida proposición jurídica es otro de los muchos lugares comunes (topos) que no aparece identificado con un concepto jurídico claro, que no se traduce en una normativa jurídica concreta, que comprende varios perfiles o aspectos y, finalmente, que debe po-

ABSTRACT

CONTRACTUAL SUCCESSION

*One of the procedures used throughout the writing of the doctoral thesis (entitled «The Prohibition of Contractual Succession in the Civil Code») that prompted this article was that of the path of the Civil Code rules that are potentially applicable to the issue at hand. The path begins with the evidence that the law consists of a system or set of rules and, therefore, the evidence of a notion called the «proposition of law». The extensive group of propositions of law contains, in turn, the proposition of law cited above, at issue in the thesis, which is implicit in the rule *viventis non datur hereditas*.*

In the article —and in the thesis— it is postulated that the above-said proposition of law is one of the many commonplaces (topoi) that are not identified with any clear legal concept, are not reflected in any concrete law, span several profiles or aspects and, lastly, must be placed in connection with the general problem of whether there is a single overall legal

nerse en conexión con la problemática general de si existe un único sistema jurídico global o de si hay varios sistemas —o subsistemas— concurrentes en este punto.

Resume el artículo estas cuestiones básicas: 1.^ª si la citada proposición jurídica, obvio «lugar común», tiene o no una existencia real; 2.^ª si dicho lugar común es válido y eficaz en el Ordenamiento Jurídico global del Estado Español; 3.^ª si ese nuevo «topos» es legítimo y está bien fundamentado; 4.^ª si ese «topos» puede tener o no concreción en una norma determinada dentro del sistema jurídico unitario del Estado Español.

El análisis se contrae a un articulado muy concreto del Código Civil (arts. 658, 816 y 1271-2.^º) y se efectúa desde los cánones gramatical, semántico (filológico), lógico-deóntico y sistemático.

system or several systems —or subsystems— that meet at this point.

The article summarises these basic questions: 1) whether the aforesaid proposition of law, an obvious commonplace, does or does not have real existence; 2) whether said commonplace is valid and effective in the overall law of the State of Spain; 3) whether the new topos is legitimate and well grounded; 4) whether the topos can or cannot be embodied in a given rule within the unitary legal system of the State of Spain.

The analysis is restricted to a very specific set of articles of the Civil Code (articles 658, 816 and 1271-2) and is conducted according to the canons of grammar, semantics (linguistics), logic/morals and systematics.

(Trabajo recibido el 24-03-06 y aceptado para su publicación el 18-08-06)

Evolución histórica y régimen jurídico vigente del personal facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado

por

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE y JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Registradores de la Propiedad adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado

CARMELO MADRIGAL GARCÍA
Magistrado del Tribunal Supremo (Ex.)

SUMARIO

- I. RÉGIMEN ORGÁNICO Y PERSONAL FACULTATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DESDE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 HASTA LA REFORMA DE 1944-46.
- II. RÉGIMEN ORGÁNICO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS LETRADOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN LA REFORMA HIPOTECARIA DE 1944-1946.
- III. LA REFORMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA APROBADA POR LA LEY 30/1984, DE 2 DE AGOSTO, Y ABSORCIÓN DE LOS LETRADOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN EL CUERPO DE ABOGADOS DEL ESTADO.
- IV. RESTAURACIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECÍFICO RESPECTO DEL PERSONAL FACULTATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO MEDIANTE LA LEY 13/1996, DE 30 DE DICIEMBRE.
- V. EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE DEL PERSONAL FACULTATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO INSTAURADO POR EL ARTÍCULO 127 DE LA LEY 13/1996, DE 30 DE DICIEMBRE Y POR EL REAL DECRETO 1786/1997, DE 1 DE DICIEMBRE. PARTICULAR ESTUDIO DEL RÉGIMEN DE ASIMILACIÓN.

1. EL MARCO LEGAL POR EL QUE SE RIGE EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE DEL PERSONAL FACULTATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO:
 - 1.1. *El artículo 127 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.*
 - 1.2. *El artículo 263, penúltimo párrafo de la Ley Hipotecaria. Justificación de la vigencia de este precepto legal.*
 - 1.3. *La Disposición Adicional vigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.*
2. EL MARCO REGLAMENTARIO DE DESARROLLO DEL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE DE LOS NOTARIOS Y REGISTRADORES ADSCRITOS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO:
 - 2.1. *El artículo 462 del Reglamento Hipotecario sobre asimilación de los Letrados adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado.*
 - 2.2. *El Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, sobre régimen jurídico de los Notarios y Registradores adscritos. Análisis de su contenido.*
 - 2.3. *El Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, de Reforma del Reglamento Hipotecario.*
 - 2.4. *El artículo 4.2 del Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre.*
 - 2.5. *La Resolución de 29 de octubre de 1998 sobre asimilación de los Letrados adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado.*
3. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ACTUAL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS NOTARIOS Y REGISTRADORES ADSCRITOS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO:
 - 3.1. *La sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) relativa al régimen jurídico de los Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado.*
4. LA INTERPRETACIÓN LÓGICA Y FINALISTA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS NOTARIOS Y REGISTRADORES ADSCRITOS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.
5. INTERPRETACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS NOTARIOS Y REGISTRADORES ADSCRITOS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN ATENCIÓN A SUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS:
 - 5.1. *Antecedentes históricos.*
 - 5.2. *Antecedentes legislativos del artículo 127 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.*
6. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y ACTUACIONES OFICIALES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA POSTERIORES A LA RESOLUCIÓN DE 29 DE OCTUBRE DE 1998 Y A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 24 DE OCTUBRE DE 2000:
 - 6.1. *Actos administrativos posteriores a la Resolución de 29 de octubre de 1998.*
 - 6.2. *Todos los actos administrativos y actuaciones citados son firmes.*
 - 6.3. *Confirmación judicial de las situaciones jurídicas derivadas del derecho de asimilación reconocido.*

I. RÉGIMEN ORGÁNICO Y PERSONAL FACULTATIVO
DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS
Y DEL NOTARIADO DESDE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861
HASTA LA REFORMA DE 1944-46

La Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 mandó crear la Dirección General del Registro de la Propiedad como Centro especial, atribuyendo a su Director General, con el carácter y categoría de Subsecretario, facultades propias. Hasta dicha fecha el Ministerio de Gracia y Justicia no tenía Direcciones Generales, estando dividido en Secciones. Por lo tanto la Ley Hipotecaria, en su momento, creó «una unidad de rango peculiar: una Dirección General de los Registros, que durante treinta y cinco años será la única en toda la Administración del Estado —lo que la convierte en la más antigua—» (1).

Dicha disposición legal estableció que para el ingreso en el Cuerpo de Registradores, creado por la misma Ley, se exigieran determinadas condiciones facultativas, y llamó al efecto a quienes hubiesen desempeñado funciones judiciales o fiscales, a los abogados con cierto número de años de ejercicio. Igual sistema siguió respecto de las «plazas de Oficiales» de la Dirección, estableciendo que el nombramiento hubiese de recaer en quienes tuvieran «muy especiales circunstancias» (vid. Preámbulo del Derecho de 22 de agosto de 1874). Para los «Auxiliares» de la Dirección ordenó el ingreso por oposición, y estableció un sistema de ascensos por rigurosa antigüedad. En origen, por tanto, los Registradores nacieron como Cuerpo funcional específico, pero no así los Letrados de la Dirección General, clasificados en las dos categorías de Oficiales y Auxiliares, los cuales ocupan las «plazas» previstas en la «planta» aprobada para dicha Dirección General dentro del Ministerio de Gracia y Justicia.

En cuanto a la forma de denominar al personal facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como se verá a lo largo de esta reseña histórica, la denominación oficial de las personas llamadas a prestar apoyo al titular del Centro Directivo en sus importantes funciones jurídicas han recibido distintas designaciones: Oficiales, Auxiliares, Letrados, Empleados facultativos o, ahora, Notarios y Registradores adscritos.

El Real Decreto de 21 de junio de 1861 da cumplimiento al mandato de la Ley Hipotecaria y crea la Dirección General del Registro de la Propiedad, disponiendo que mientras no se provean las plazas de Auxiliares de dicha Dirección del modo que el Reglamento Hipotecario determina, serán destinados interinamente a desempeñarla los Auxiliares del Ministerio de Gracia y

(1) PAU PEDRÓN, Antonio, «La Dirección General de los Registros y del Notariado. Breve historia de un Centro Directivo especial», en *Revista Registradores*, núm. 33, mayo-junio de 2006, III época, pág. 11.

Justicia que sean indispensables (arts. 1 y 2). Sin embargo, contrariando este criterio de «interinidad» que inspira los preceptos reseñados, la cuestión que se va a presentar cíclicamente en este recorrido histórico es la de la absorción del personal facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado dentro de la estructura general y común del personal técnico-jurídico del Ministerio de Justicia, o su organización separada, tendencia esta última que prevalece, siendo la impuesta por la Ley Hipotecaria de 1861 en atención a la necesidad de especialización por razón de las materias propias de las competencias de la Dirección General. La cuestión anterior ha ido acompañada con frecuencia por la paralela de la existencia o desaparición de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos que se desarrollan a continuación de forma específica.

La primera muestra de esta última tendencia viene integrada por el Real Decreto de 3 de agosto de 1866 que suprime la Dirección General del Registro de la Propiedad y refunde sus negocios y secciones en la Secretaría del Ministerio de Gracia y Justicia, formando parte de la misma, y atribuye las facultades que según la Ley Hipotecaria correspondían al titular de aquella Dirección General al Subsecretario del Ministerio. Aclara el Preámbulo de dicha disposición que «refundidas así en la Secretaría todas las dependencias del Ministerio, cuyos funcionarios han de tener precisamente la cualidad de Letrados, se igualará la condición de todos ellos». En consecuencia se aprueba la nueva «planta» de la Secretaría del citado Ministerio que incluye un Subsecretario, diez Jefes de Administración, catorce Jefes de Negociado y dieciséis Oficiales, y se establece que «para obtener cualquiera de dichos cargos es indispensable la cualidad de Letrado» (2) (art. 2).

Pero rápidamente se advierte el error de la medida anterior, y frente a ella reacciona la Ley de 21 de diciembre de 1869, que restablece la Dirección General del Registro de la Propiedad y del Notariado y en cumplimiento de la misma el Decreto de 25 de enero de 1870 dispone que «las atribuciones propias de la expresada Dirección General del Registro de la Propiedad y del Notariado, conferidas por Real Decreto de 3 de agosto de 1866 al Subsecretario del Ministerio de Gracia y Justicia, vuelvan al Director General del ramo, a quien competen con arreglo a la Ley Hipotecaria y su Reglamento».

Paralelamente la citada Ley de 1869 estableció que el ingreso en el Cuerpo de Registradores se realizaría mediante el sistema de oposiciones, al igual que para la provisión de las «plazas» de Oficiales y Auxiliares Letrados de la Dirección General del Registro de la Propiedad, dando con ello por superado el período interino de cobertura de las citadas plazas a través de los

(2) En esta disposición la «cualidad de Letrado» se refiere, obviamente, a la titulación académica, y no la pertenencia a un Cuerpo funcional, e integra un requisito para acceder a cualquiera de las plazas que se mencionan (desde el Subsecretario hasta las dieciséis «plazas» de Oficiales).

«Auxiliares del Ministerio de Gracia y Justicia» que había establecido el Real Decreto de 21 de junio de 1861.

Complementariamente a lo anterior, el Decreto de 22 de agosto de 1874 dispone por primera vez que los funcionarios que hubieren ingresado en la Dirección General de los Registros y del Notariado en virtud de oposición, queden asimilados a los Registradores de la Propiedad en los términos que expresa. Justifica dicha medida por cuanto «el Tribunal de oposiciones, para el ingreso en la Dirección General o en los Registros de la propiedad, se compone de los mismos elementos, aunque en menor número el de los últimos; los ejercicios y actos teóricos y prácticos a que se someten los opositores, son análogos e idénticas las materias de derecho sobre que versan las oposiciones... los Registradores aplican la legislación hipotecaria en el territorio de sus Registros, la Dirección General adopta las disposiciones necesarias para asegurar en éstos la observancia de la Ley, resuelve los recursos gubernativos contra las calificaciones de los Registradores y las dudas que a estos se ofrezcan y ejerce la alta inspección y vigilancia en todos los Registros... Existe, por consiguiente, una íntima, completa y perfecta analogía entre los empleados facultativos de la Dirección y los Registradores, sea cualquiera el punto de vista en que a unos y a otros se les coloque; están real y verdaderamente asimilados». En aplicación de estos criterios dispone el citado Decreto que los funcionarios que hubieren ingresado en la Dirección General en virtud de oposición quedan asimilados a los Registradores de la propiedad a los efectos de participar en los concursos de Registros vacantes, siempre que aquellos hubieren servido en la Dirección General cinco años por lo menos (arts. 1 y 4).

Obsérvese que este derecho de asimilación se concede a las personas designadas («personal facultativo de la Dirección General», es decir, sus Letrados) que no integraban en aquel momento Cuerpo funcional alguno, sino que ocupan las plazas habilitadas en la «planta» aprobada en la Dirección General, y que accedieron a ellas por oposición. Por lo tanto, no hay en la tradición histórica de este tema una vinculación necesaria entre pertenencia a un *Cuerpo Especial* de Letrados de la Dirección General y el derecho de asimilación estudiado.

El Real Decreto de 21 de marzo de 1889, a fin de facilitar la amortización de «una plaza de Oficial y cinco de Auxiliares de la plantilla del personal de la Dirección General de los Registros Civiles y de la Propiedad y del Notariado» (obsérvese que todavía no hay «Cuerpo», sino plazas), por necesidades de economía para el Tesoro público, se amplía el derecho de asimilación creado por el anterior Decreto de 22 de agosto de 1874, eliminando el requisito de la permanencia de tales funcionarios en la Dirección General durante cinco años, permitiendo así que fuesen nombrados para Registros vacantes mediante concurso de forma inmediata, quedando suprimidas las referidas plazas de la Dirección General el 1 de julio del citado año.

Iniciado ya el siglo xx, la Ley de 12 de agosto de 1908 constituyó en la Subsecretaría del Ministerio de Gracia y Justicia un Cuerpo técnico de Letrados y dictó reglas para su ingreso, ascenso, separación, excedencia y jubilación. Posteriormente, el Real Decreto-ley de 14 de junio de 1926, dictado durante la Dictadura de Primo de Rivera, reorganiza el Ministerio de Gracia y Justicia, que pasa a estar integrado por tres Direcciones Generales («de Justicia, Culto y Asuntos generales», «de los Registros y del Notariado» y «de Prisiones») y por una Secretaría Auxiliar, y crea dos Cuerpos —ahora sí con tal carácter de Cuerpo funcional— en el que se integraría el personal adscrito a dichas Direcciones Generales, que se llamarían respectivamente «Administrativo» y «Técnico de Letrados», fusionando e integrando en este último a los «empleados facultativos» de la Dirección General de los Registros y a los funcionarios pertenecientes al Cuerpo técnico de Letrados de la Subsecretaría que había sido creado por Ley de 12 de agosto de 1908, Ley por la que se disponía habría de regirse en lo sucesivo el nuevo Cuerpo. Se trataba, por tanto, de la absorción de los Letrados de la Dirección General de los Registros en el Cuerpo de Letrados de la Subsecretaría. Este fenómeno de absorción se volvería a producir por segunda vez, como es sabido por su carácter más reciente, en virtud de la Ley 30/1984, de Medidas Urgentes de Reforma de la Función Pública, que supuso la integración de los miembros del Cuerpo Facultativo de Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el Cuerpo de Letrados del Estado.

En el contexto de la vigencia de la Ley de 12 de agosto de 1908 se produce la reforma de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, en la cual se reconoció el derecho de asimilación para los Oficiales y Auxiliares Letrados que desempeñasen sus cargos en la Dirección General de los Registros y del Notariado, si bien lo suprimió para los que en lo sucesivo ingresasen en el Escalafón General del Cuerpo de «Técnicos Letrados» de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia creado por la citada Ley de 1908 (Disposición Adicional 4.^a).

Recién proclamada la II República, se aprueba el Decreto de 6 de mayo de 1931, dictado por el Presidente Alcalá-Zamora, en el que se dispone que la Dirección General de los Registros y del Notariado se regirá, en todo lo relativo a su competencia y organización, por la Ley Hipotecaria y su Reglamento y revoca la integración de los Letrados de dicha Dirección General en el Cuerpo Técnico de Letrados del Ministerio de Gracia y Justicia, disponiendo la creación del Cuerpo Facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado que quedaría formado por los Letrados de dicha Dirección General que lo constitúan con anterioridad al Decreto de 14 de junio de 1926.

Fue aquél uno de los primeros Decretos de la II República en el que se adopta la decisión de eliminar los efectos de la medida de la Dictadura de Pri-

mo de Rivera que había suprimido la organización separada y especializada de los empleados facultativos de la Dirección General de los Registros y del Notariado, restaurando la organización separada de su personal facultativo, esto es, de sus Letrados. El Preámbulo de dicho Decreto se expresa en términos que por su claridad y contundencia merecen ser transcritos: *«la autonomía y la especialización técnica de la Dirección General de los Registros y del Notariado han sido gravemente comprometidas por el llamado Decreto-ley de 14 de junio de 1926, que inspirado en el mismo reaccionario criterio del Decreto de 3 de agosto de 1866, intentó fundir el Cuerpo Facultativo de aquel Centro con el de Oficiales Letrados de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia, llamado por su formación y estructura a tareas distintas y del que había sido radicalmente separado por la Ley Hipotecaria de 1869»*. Es manifiesto el criterio en que se basa el Decreto de 6 de mayo de 1931 para llevar a cabo la segregación de Cuerpos: la especialidad de las materias y competencias a que ha de atender la Dirección General de los Registros y del Notariado y la paralela especialización de sus propios Letrados.

Una vez iniciada la contienda civil española, el Decreto de 8 de septiembre de 1936, del Gobierno de Burgos, atribuye las facultades concedidas por las Leyes a la Dirección General de Registros a la Junta de Defensa Nacional, que en parte las delega en los Presidentes de las Audiencias Territoriales respectivas. Paralelamente el Decreto de 12 de diciembre de 1936, del Gobierno de la República, suprime la Dirección General de los Registros y del Notariado y atribuye los asuntos de su competencia a la Subsecretaría del Ministerio de Justicia.

Pero esta última reforma dura poco tiempo y el propio Gobierno de la República, durante la Presidencia de don Manuel Azaña, buen conocedor del tema al que se refiere el presente estudio en su calidad de Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dicta un nuevo Decreto de 5 de julio de 1937, restableciendo en el Ministerio de Justicia la Dirección General de los Registros y del Notariado, con las mismas funciones, organización y régimen que tenía antes de ser suprimida. Justifica el fallido Decreto anterior de 12 de diciembre de 1936 por «razones circunstanciales» y añade que la labor realizada por el Centro Directivo *«desde su creación queda patente en sus publicaciones anuales —índice de sus copiosas Resoluciones de tan hondo reflejo en el Derecho Civil—, y sería inexcusable desconocerlas, basta recordar los asuntos de su competencia para comprender que las instituciones que abarca son esencialmente técnicas, instrumentos al servicio del Derecho, que no pueden desaparecer, sino que han de evolucionar al compás de éste»*. A continuación enumera las materias propias de tales competencias, añadiendo que las mismas *«han constituido, a través de una limpia historia de setenta y seis años, el cometido de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que llenó cumplidamente desde el año 1861 en*

que fue creada», y concluye afirmando que «restablecer este Centro Directivo es prestar un señalado servicio a la Administración española, a la que no debe privarse de lo que una acreditada y gloriosa técnica ha demostrado ser imprescindible en la vida oficial de nuestro país».

Posteriormente el Decreto de 5 de julio de 1945 reforma la regulación del derecho de asimilación, ahora no sólo a Registradores de la Propiedad, sino también a Notarios, de los funcionarios del Cuerpo Facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, restableciendo el requisito de la permanencia en el Centro Directivo durante cinco años y computando la antigüedad en los Cuerpos a los que se pertenece por asimilación por la que se tenga en el Cuerpo Facultativo. Además, se introduce como sistema de acceso al citado Cuerpo Facultativo, alternativamente con la oposición libre, el concurso de méritos al que podrán acudir «Registradores de la Propiedad y Notarios con más de cinco años de servicios efectivos en sus cargos», especificándose los méritos que se apreciarán: trabajos de investigación jurídicos, servicios prestados a los Cuerpos dependientes de la Dirección y a la misma, méritos académicos y conocimiento de idiomas» (obsérvese la estrecha similitud con el art. 458 del Reglamento Hipotecario y con el art. 6 del Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de los Notarios y Registradores adscritos a la DGRN, hitos que demuestran la filiación del régimen actual respecto del de sus precedentes históricos).

Explica sus motivaciones y finalidades el Preámbulo del citado Decreto de 5 de julio de 1945, diciendo que *«para que la Dirección General de los Registros y del Notariado pueda continuar su brillante historia, que la hace acreedora a ocupar un puesto tan distinguido en la Administración Pública, y siga siendo lo que ha sido por merecimientos de quienes han estado al frente de sus servicios, no menos que por el espíritu de disciplina y de imparcialidad que siempre lo ha animado; es decir, un depósito de tradiciones y doctrinas —según aspiraba a ver en aquella la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria—, al mismo tiempo que una vigilante inspección de los Cuerpos de ella dependientes y un estudioso laboratorio de reformas útiles en Derecho Inmobiliario, Notarial y de Registro Civil, se hace preciso adoptar ciertas medidas que restauren el funcionamiento tradicional de dicho Centro Directivo».* Agrega que el derecho de asimilación se pretende que actúe como aliciente que compense la dedicación y la reducción de los ingresos que experimentan los funcionarios del Cuerpo Facultativo, así como factor que beneficie la calidad de las pruebas selectivas de ingreso; *«todo ello —se añade— sin perjuicio de reforzar en su día, cuando pueda ser dotada debidamente en Presupuestos, la plantilla del referido Cuerpo Facultativo, tan disminuida en la actualidad por distintas circunstancias».* No ha de escapar al intérprete y observador jurídico la singularidad de las funciones que se asignan a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que justifica e impone una ne-

cesaria adaptación orgánica de las mismas: la creación de la doctrina o «jurisprudencia registral» y el estudio de las reformas del Derecho Inmobiliario, Notarial y de Registro Civil («estudio laboratorio de reforma útiles»).

II. RÉGIMEN ORGÁNICO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS LETRADOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN LA REFORMA HIPOTECARIA DE 1944-1946

De la mano del Decreto de 5 de julio de 1945 llegamos al Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Hipotecaria, en base a la autorización contenida en la Ley de Reforma de 30 de diciembre de 1944, que basándose en el *«notorio relieve y trascendencia en la vida jurídica española del alto Centro Directivo, órgano superior de los Cuerpos de Notarios y Registradores»*, entiende que deben introducirse *«algunas variaciones en su organización para que, con más holgura y eficacia, prosiga en la elevada misión que acertadamente le confiara la Ley Hipotecaria»*.

Con tal objeto la citada Ley de 1944, en su Disposición Adicional 3.^a, faculta al Gobierno para aprobar una reorganización de los servicios de la Dirección General de los Registros y del Notariado, «de modo que se logre una mayor eficacia en el cumplimiento de sus altos fines», y a este efecto restablecer la «plantilla necesaria en dicho Centro Directivo», con expresa mención del derecho de asimilación. Este último mandato fue cumplido mediante la inclusión en la Ley Hipotecaria de 1946 del artículo 263 con la redacción, como la mayor parte de los preceptos de la Ley Hipotecaria, que continúa vigente en la fecha actual, y conforme al cual:

«El personal del Cuerpo Facultativo que ingrese por oposición directa al mismo tiene, desde su ingreso en el Centro Directivo, la asimilación a Registrador de la Propiedad y Notario, la cual se podrá hacer efectiva en las siguientes condiciones:

- a) Haber prestado cinco años de servicios como Facultativo en la Dirección General.
- b) Solicitar vacante en concurso ordinario de Registros de la Propiedad o Notarías, sin reserva de turno, computándose la antigüedad por la que tenga en el Cuerpo Facultativo.
- c) En los concursos notariales y en turno de clase, se entenderá al Facultativo asimilado a Notario de primera cuando lleve quince años de servicios efectivos; de segunda, cuando lleve diez, y de tercera, cuando lleve menos de diez.

El Notario o Registrador que ingrese en la Dirección conservará los derechos que tuviera en el escalafón de origen, pero no podrá reingresar en el mismo en tanto no haya prestado cinco años de servicios efectivos en aquella, ni tampoco consolidará derechos en el escalafón de la misma.

El Notario, con relación al Cuerpo de Registradores, y el Registrador respecto al de Notarios, se considerarán en la misma situación que los que hayan ingresado en la Dirección por oposición directa».

Debe aquí consignarse que el texto del proyecto era más generoso en la concesión del estímulo o aliciente a la permanencia en el Centro Directivo a los miembros del Cuerpo Facultativo, ya que establecía, junto al derecho de asimilación, un sistema calificado por el Consejo de Estado (vid. Dictamen de 31 de enero de 1946) de «anticipos de antigüedad a amortizar», en virtud del cual se fijaba un cómputo especial a favor de aquellos que les permitía doblar su antigüedad efectiva a efectos de los concursos de provisión a Registros vacantes. Este sistema de anticipos de antigüedad no fue finalmente incorporado a la norma aprobada, que optó por conservar el modelo tradicional de asimilación en la forma que había sido regulada poco antes por el Decreto de 5 de julio de 1945.

Por último, el Reglamento Hipotecario de 1947, en desarrollo del nuevo texto refundido de la Ley Hipotecaria, introduce la materia del derecho de asimilación para los Notarios y Registradores que ingresen como Letrados en la Dirección General en dicho cuerpo normativo, dando nueva redacción a los artículos 457 al 463, que llegan hasta el momento actual sin haber sido derogados, preceptos que, junto con el artículo 263 de la Ley Hipotecaria, constituyen las normas a las que reenvía el vigente artículo 127.2 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, al que posteriormente nos referiremos.

III. LA REFORMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA APROBADA POR LA LEY 30/1984, DE 2 DE AGOSTO, Y LA NUEVA ABSORCIÓN DE LOS LETRADOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN EL CUERPO DE ABOGADOS DEL ESTADO

En la descrita situación normativa se promulga la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública, cuya Disposición Adicional 9.^a suprime el antiguo Cuerpo Facultativo de Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pero no deroga los artículos 261 a 265 de la Ley Hipotecaria que se referían a los mismos. Se

trata del segundo intento de absorber al personal facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el Cuerpo General de Letrados del Estado, siguiendo el precedente del fallido primer intento representado por el Decreto-ley de 14 de junio de 1926, dictado durante la Dictadura de Primo, a que se ha aludido *supra*.

Sabido es que aquella supresión dio lugar a una etapa de dificultades notables para el desempeño de las funciones propias de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dada la escasez de plazas de Letrados o Abogados del Estado asignadas en la relación de puestos de trabajo del Ministerio de Justicia a dicha Dirección General y, sin perjuicio de su alta y reconocida cualificación jurídica, la falta de una estricta formación de especialistas de Derecho Privado, en general, y de Derecho Hipotecario y Notarial, en particular, de tales funcionarios.

A fin de paliar tal situación, que llega a ser crítica, la Dirección General recurrió como medida meramente paliativa a designar a Notarios y Registradores en régimen de comisión de servicios previstas en el artículo 272 de la Ley Hipotecaria, medida, no obstante, manifiestamente insuficiente a fin de cubrir las necesidades funcionales de la Dirección General, dadas las fuertes limitaciones legales impuestas a tales comisiones: sólo caben para atender trabajos de carácter extraordinario, no puede exceder su número de tres Registradores y tres Notarios y su duración máxima no puede exceder de un año, prorrogable sólo por otro plazo igual. Así resulta del citado precepto conforme al cual: «Las comisiones de servicio que se concedan a los Registradores o Notarios en la Dirección General se conferirán únicamente para auxiliar los trabajos de carácter extraordinario que se encomienden a dicha Dirección General, pero por ningún concepto podrá exceder su número de tres Registradores y de tres Notarios, los que a la vez desempeñen las expresadas comisiones. La duración de estas comisiones no podrá exceder de un año, que se podrá prorrogar, si mediare necesidad del servicio público, solamente por un plazo igual», del que claramente resulta un criterio de excepcionalidad del recurso a tales comisiones de servicios, que no se proveen mediante sistemas selectivos competitivos y de pública concurrencia, sino mediante nombramiento discrecional del titular del Centro Directivo.

A ello se añadía la dedicación a tiempo parcial o meramente ocasional con que se prestaban tales servicios. El resultado práctico de todo ello fue el de la acumulación y retraso en el despacho de los asuntos, principalmente en la resolución de los recursos gubernativos contra la calificación de los Registradores (llegando en el año 1996 a acumularse un retraso de casi cuatro años, algo absolutamente incompatible con la celeridad del tráfico inmobiliario y mercantil).

Ante tal situación, los intentos de reconstitución del Cuerpo de Letrados o de alcanzar otras soluciones alternativas se sucedieron en el tiempo con

distintos Gobiernos (especial impulso e insistencia puso en el tema durante el período 1993-1996 el entonces Director General de los Registros y del Notariado, don Julio BURDIEL HERNÁNDEZ), hasta que finalmente se encuentra la solución en la fórmula de las diez plazas de Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado creadas por el artículo 127 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, plazas en régimen de adscripción permanente, provisionadas mediante concurso de méritos entre Notarios y Registradores con más de cinco años de servicios, con aplicación del régimen jurídico previsto en la legislación hipotecaria para el concurso de méritos —lo cual incluye, como ya se ha dicho, el derecho de asimilación—, y con mantenimiento del régimen retributivo de arancel, si bien con la reducción de ingresos que supone que la retribución de los Notarios y Registradores interinos que sustituyen en sus despachos a los adscritos corre íntegramente por cuenta de estos. La restauración de este régimen específico del personal facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y su organización separada de los Letrados del Ministerio de Justicia o de los Abogados del Estado, sin duda enlaza con la medida equivalente adoptada con ocasión de la supresión del primer intento de absorción, supresión que el Decreto de 6 de mayo de 1931, de la II República, justifica con razones que en buena medida son comunes a las propias motivaciones a que respondió la Ley 13/1996: *«la autonomía y la especialización técnica de la Dirección General de los Registros y del Notariado han sido gravemente comprometidas por el llamado Decreto-ley de 14 de junio de 1926, que ... intentó fundir el Cuerpo Facultativo de aquel Centro con el de Oficiales Letrados de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia, llamado por su formación y estructura a tareas distintas y del que había sido radicalmente separado por la Ley Hipotecaria de 1869»*.

IV. LA RESTAURACIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECÍFICO RESPECTO DEL PERSONAL FACULTATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO MEDIANTE LA LEY 13/1996, DE 30 DE DICIEMBRE

Todo lo hasta ahora expuesto supone que desde 1874 la Dirección General de los Registros y del Notariado hasta la actualidad, con el solo paréntesis temporal que va desde 1984 hasta 1996, ha contado con personal facultativo jurídico cuyo régimen legal se ha caracterizado por las siguientes notas: criterios de provisión mediante pruebas selectivas que acreditasen la capacidad e idoneidad de los candidatos (bien mediante oposiciones libres entre Licenciados en Derecho, bien mediante concurso de méritos entre Notarios y

Registadores); inamovilidad mediante el establecimiento de causas de separación tasadas, como mecanismo de garantía de objetividad e imparcialidad; fuerte especialización en materias de Derecho Privado; régimen de asimilación a fin de poder optar a plazas de uno y otro Cuerpo previo cumplimiento del requisito de permanencia durante al menos cinco años en el Centro Directivo. Este régimen del personal facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, formasen o no Cuerpo especial —lo cual sólo se produjo en el período 1946 a 1984— únicamente se vio interrumpido, como se ha dicho, entre los años 1984 a 1996.

En este último año la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, culmina los intentos de reorganización facultativa del Centro Directivo. Este fue el objetivo de su artículo 127, que no pretendía otra cosa que restablecer un esquema organizativo interno de la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante la creación de las diez plazas de Notarios y Registradores lo más parecido posible al modelo vigente hasta 1984, pero eludiendo dos dificultades: *a)* no debía existir coste económico alguno derivado de la creación de tales plazas para los presupuestos públicos, y *b)* las funciones propias de la Dirección General no podían quedar asignadas a un nuevo Cuerpo, sino a las plazas funcionariales creadas bajo la dependencia directa del titular del Centro Directivo.

Este último punto venía impuesto por los principios rectores que en materia de función pública introdujo la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, la cual vino a alterar la significación que el sistema de Cuerpos funcionariales había tenido hasta entonces en la Administración Pública, como elemento de organización interna de la misma y como sistema de asignación de funciones y competencias públicas (al punto de que se llegó a decir antes de esta reforma que la Administración Pública era una suerte de «federación de Cuerpos funcionariales»). Al efecto se introdujeron en dicha Ley tres medidas fundamentales:

- a)* la eliminación del anterior sistema selectivo de «cooptación» o de sesgo endogámico, al establecer que en ningún caso «los órganos de selección podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo que se ha de seleccionar» (art. 19.2);
- b)* la desvinculación entre funciones públicas y Cuerpos, al disponer que «los Cuerpos y Escalas de funcionarios no podrán tener asignadas facultades, funciones o atribuciones propias de los órganos administrativos» (art. 26); y
- c)* la desvinculación entre Cuerpos y puestos de trabajo, previendo como regla general que los puestos de trabajo serían susceptibles de ser ocupados por cualquier funcionario, admitiendo que excepcionalmente las relaciones de puestos de trabajo puedan reservar a los miembros de un Cuerpo el desempeño de concretos puestos de trabajo (art. 26).

Es en este contexto normativo en el que se produce la aparición de la Ley 13/1996, que de forma congruente con el sistema de asignación de funciones en base a puestos de trabajo y no a Cuerpos, no crea un nuevo Cuerpo, en el sentido estricto del término, en la Dirección General de los Registros y del Notariado, sino diez plazas funcionariales a las que el Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el «Régimen jurídico de los Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado», asigna determinadas funciones de colaboración en la resolución en los expedientes de la competencia de dicha Dirección General, elaboración de informes y proyectos de disposiciones generales en materias de Derecho Privado, bajo la dependencia directa del titular del Centro Directivo.

Por tanto, tras la reforma de la función pública introducida por la reiterada Ley 30/1984, el papel que anteriormente se asignaba a los Cuerpos pasa a adjudicarse a los puestos de trabajo, y no sólo en cuanto a asignación de funciones, sino también respecto del sistema de provisión de los mismos, requisitos específicos exigidos para su desempeño, unidad en que se encuadran, retribuciones y derechos de sus titulares, etc.

En consecuencia, nada tiene de extraño, sino todo lo contrario, que lo que antes se predicaba respecto del antiguo Cuerpo Facultativo de Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado en cuanto a requisitos de acceso, sistema de provisión, funciones y derechos ahora se predique, en virtud de la remisión normativa a la legislación hipotecaria hecha por el artículo 127 de la Ley 13/1996, a las plazas de Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La lógica de la solución adoptada enlaza, como se ha dicho, con los criterios resultantes de la Ley 30/1984 que permite excepcionalmente la adscripción de puesto de trabajo concreto a Cuerpo determinado, pero no la adscripción de funciones concretas a Cuerpo funcional. La adscripción de funciones se hace a los puestos de trabajo. La Ley 13/1996 respeta esa filosofía, pero al tiempo garantiza la idoneidad de las personas que van a desempeñar las funciones asignadas, que requieren una alta especialización en Derecho Privado, en general, y en Derecho Hipotecario y Legislación Notarial, en particular, y para ello establece un sistema de provisión consistente en un concurso de méritos entre Notarios y Registradores con más de cinco años de servicio en sus Cuerpos. Garantizar esta idoneidad y especialización era objetivo básico de la Ley 13/1996, ya que la legislación hipotecaria, desde sus orígenes, fija como una de las funciones más destacadas de la Dirección General de los Registros la de formar una jurisprudencia ajustada al espíritu de la Ley, complemento necesario del precepto escrito (Exposición de Motivos de la LH de 1869).

En definitiva, el régimen creado por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, se presenta como una solución alternativa a la existencia del Cuerpo Especial

de los Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el que el dato más característico de esos Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado es el funcional, es decir, la decisión de que las singulares atribuciones de esa Dirección General y la preparación de los instrumentos jurídicos en que se materializan cuentan con la colaboración estable de unos profesionales de reconocida competencia y especialización en las materias afectadas y en la elaboración de las correspondientes Resoluciones.

Así lo confirmó el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) recaída en el recurso interpuesto contra el desarrollo reglamentario del artículo 127 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, integrado por el Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, recurso íntegramente desestimado, y en cuyo fundamento de Derecho quinto se puede leer lo siguiente:

«4) No se crea un nuevo Cuerpo, sino que se asignan determinados puestos de trabajo a Cuerpos funcionariales ya preexistentes (los de Notarios y Registradores).

Y ha de señalarse que la situación que se deriva de la Ley 13/1996, aunque no sea idéntica, guarda similitud con la que tradicionalmente se dio cuando existió el antiguo Cuerpo Facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ya que una parte de sus plazas también se cubrían por concurso de méritos entre Notarios y Registradores (y todos los ingresados quedaban asimilados a Notarios y Registradores, a los efectos de poder optar a plazas de uno y otro Cuerpo)».

A lo cual agrega el Alto Tribunal que, en todo caso, *«lo que aquí importa destacar es que, de existir contradicción normativa, ésta se daría entre la Ley 13/1996 y la Ley 30/1984, que habría de ser resuelta a través de la regla de que la ley posterior deroga a la anterior (art. 2.2 del Código Civil)» —fin de la cita—.*

A lo anterior ha de añadirse el contexto de fuerte restricción presupuestaria existente en la época —1996— (coincidiendo con una congelación generalizada de retribuciones a los funcionarios públicos) que determinaba la necesidad de habilitar la creación de tales plazas sin coste económico alguno para los presupuestos públicos, lo que lleva a la solución de crear tales plazas sin dotación presupuestaria alguna, sin otra compensación para sus titulares a la pérdida retributiva que para ellos supone el que el Registrador o Notario que le sustituye en su despacho debe ser retribuido por el propio Notario y Registrador adscrito, que el derecho de asimilación a que antes se ha aludido.

En cuanto a este último, del anterior repaso histórico resulta que el derecho de asimilación no se vincula necesaria y exclusivamente al concreto

«Cuerpo Especial Facultativo de Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado», ya que:

- a) se reconoció por primera vez tal derecho en el Decreto de 22 de agosto de 1874, y posteriormente se amplió por Real Decreto de 21 de marzo de 1889, cuando aquél Cuerpo todavía no había nacido;
- b) se mantuvo a pesar de la integración del «personal facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado» en el Cuerpo Técnico de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia operada por el Real Decreto-ley de 14 de junio de 1926, respecto de los Letrados destinados en las plazas de la Dirección General de los Registros y del Notariado, las cuales formaban una escala cerrada dentro del escalafón general (Disposiciones Transitorias 1.^a y 3.^a);
- c) y se reconoció a favor de los miembros del Cuerpo Superior de Letrados del Estado (después denominados nuevamente Abogados del Estado) ingresados en el mismo a través de las oposiciones convocadas mediante Orden del Ministerio de Justicia de 29 de junio de 1984, en mérito de lo dispuesto por la Disposición Transitoria 2.^a del Real Decreto de 5 de junio de 1985, después de la extinción por fusión de aquel Cuerpo, cuyo reconocimiento estaba claramente vinculado a su formación en Derecho Privado, según el temario con que se convocaron tales oposiciones, y a su destino en la Dirección General de los Registros y del Notariado, el cual estuvo facilitado por la Disposición Adicional 4.^a del citado Real Decreto, según la cual: «Para la provisión de los “puestos de trabajo” de Letrados del Estado en la Dirección General de los Registros y del Notariado tendrán preferencia los funcionarios que ingresen en virtud de las oposiciones convocadas por Orden del Ministerio de Justicia de 29 de junio de 1984». Obsérvese que el reconocimiento del derecho de asimilación se vincula al desempeño de aquellos «puestos de trabajo» en la Dirección General de los Registros y del Notariado y no a la pertenencia al Cuerpo, al igual que en el régimen que resulta de la Ley 13/1996 (art. 127.2);
- d) y, finalmente, se ha reconocido a favor de los Notarios y Registradores que hayan obtenido por concurso de méritos plazas de Letrados adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, en virtud de la aplicación a los mismos del régimen jurídico previsto en la legislación hipotecaria a los antiguos Letrados que accedían a la Dirección General mediante concurso de méritos, en razón del reenvío normativo contenido en el reiterado artículo 127.2 de la Ley 13/1996.

Recapitulando este repaso histórico, ha de consignarse que por dos veces fue suprimida la Dirección General de los Registros y del Notariado, supre-

sión que se revoca en ambas ocasiones al cabo de un breve período de tiempo, de menos de tres años y de un año, respectivamente; y por dos veces se fusionan e integran a los Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado en otros Cuerpos de Letrados, del Ministerio de Justicia la primera y del Estado la segunda (1926 y 1984), integración cuyos efectos prácticos no se valoraron como positivos y dan lugar al restablecimiento de la situación previa en 1931, primero, y en 1996, después, si bien en esta segunda ocasión mediante una fórmula de adscripción funcional que no pasa por la creación de un nuevo Cuerpo Especial en sentido estricto, sino de unas «plazas» funcionariales de Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, dado el principio legal que proscribire adscribir funciones públicas concretas a Cuerpos funcionariales.

El prestigio y reconocimiento de la labor científica y oficial de la Dirección General de los Registros y del Notariado y el anhelo de contar con las personas más aptas y capaces en las funciones de colaboradores jurídicos al servicio de dicho Centro Directivo, con la mayor estabilidad posible, mediante el establecimiento de pruebas selectivas de acceso riguroso y de estímulos y alicientes para tomar parte en las mismas, primero, y para asegurar la permanencia de su dedicación durante un plazo mínimo de cinco años, después, han sido las constantes que desde 1874 hasta hoy (con los paréntesis de 1926 a 1931 y de 1984 a 1996) han dado carácter y singularidad a la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobreviviendo a los mil avatares y cambios de todo tipo sufridos en la Historia de España desde los tiempos isabelinos hasta la fecha presente.

Por último se ha de destacar que, desafortunadamente, la historia de estos casi diez años de vigencia del régimen jurídico introducido por la Ley 13/1996 ha estado marcada, entre otros aspectos, por una importante resistencia a su aceptación, y así sus disposiciones de desarrollo han sido objeto sucesivamente de los siguientes recursos judiciales:

- a) número 1/85/1998 interpuesto ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo contra el Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de los Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado;
- b) números 03/0000151/1998 y 03/00002808/1998 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera de la Audiencia Nacional, contra las Órdenes del Ministerio de Justicia, de 23 de diciembre de 1997 y 19 y 27 de febrero de 1998, relativas al concurso de méritos para la provisión de tales plazas.

Pues bien, tanto el Tribunal Supremo (STS de 24 de octubre de 2000) como la Audiencia Nacional desestimaron en su totalidad tales recursos, fallando en todos los casos de forma plenamente favorable a aquellas normas,

incluido, como se ha visto en la transcripción de la sentencia citada, el derecho de asimilación.

Nuevamente se puso en cuestión uno de los aspectos esenciales del régimen jurídico de los Notarios y Registradores adscritos con la Resolución de 19 de enero de 2004 de la Secretaría de Estado de Justicia, por la que se declara la nulidad de las anteriores Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de octubre de 1998 y 2 de enero de 2001 y de la propia Secretaría de Estado, de 24 de enero de 2001, por las que, en aplicación del derecho de asimilación, se incluye en los escalafones respectivos a los Notarios y Registradores adscritos.

Y nuevamente la Audiencia Nacional en su reciente sentencia de 26 de diciembre de 2005, reiterada en el mismo sentido por varias otras posteriores, entre ellas la de 26 de marzo de 2006, estimando el recurso interpuesto por los Notarios y Registradores adscritos afectados, falla en el sentido de anular la Resolución de la Secretaría de Estado de Justicia de 19 de enero de 2004, esto es, devolviendo a su situación primitiva las anteriores Resoluciones que reconocían, declaraban y aplicaban el derecho de asimilación.

Se trata del cuarto pronunciamiento judicial favorable que obtienen los Notarios y Registradores adscritos, tres de la Audiencia Nacional y uno del Tribunal Supremo. Pocos regímenes jurídicos han superado un «test» de legalidad tan severo como el que ha superado con éxito el de los Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General a través de los distintos procedimientos judiciales seguidos en relación al mismo, y a cuya exposición detallada se dedicará el último epígrafe de este estudio.

V. EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE DEL PERSONAL FACULTATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO INSTAURADO POR EL ARTÍCULO 127 DE LA LEY 13/1996, DE 30 DE DICIEMBRE, Y POR EL REAL DECRETO 1786/1997, DE 1 DE DICIEMBRE, SOBRE RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS NOTARIOS Y REGISTRADORES ADSCRITOS. PARTICULAR ESTUDIO DEL RÉGIMEN DE ASIMILACIÓN

1. EL MARCO LEGAL POR EL QUE SE RIGE EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE DEL PERSONAL FACULTATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1.1. *El artículo 127 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre*

El artículo 127 de la citada Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social dispuso que: «Uno. En el Minis-

terio de Justicia, Dirección General de los Registros y del Notariado, existirán diez plazas servidas por Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, dependientes directamente del Director General. Dos. Estas plazas se proveerán mediante *concurso de méritos* que se convocará y resolverá en la forma y *con el régimen jurídico que determina la legislación hipotecaria*. Tres. Dichas plazas no incrementarán la relación de puestos de trabajo que tenga autorizada el Ministerio de Justicia y quienes la ocupen mantendrán su régimen retributivo propio, regulado por la legislación hipotecaria».

El precepto transcrito se ha de integrar, dada la remisión que se contiene en su apartado segundo, con el régimen jurídico previsto por la legislación hipotecaria (bloque de legalidad integrado por la Ley Hipotecaria y por su Reglamento de ejecución) en relación a las plazas que se crean en la Dirección General de los Registros y del Notariado y que se han de proveer mediante concurso de méritos. A fin de poder interpretar la remisión hecha a la legislación hipotecaria por el artículo 127 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, es necesario precisar que la Ley Hipotecaria y su Reglamento sólo regulan dos tipos de concursos: *a)* los «concursos de rigurosa antigüedad» para proveer Registros vacantes a que se refiere el artículo 284 de la Ley Hipotecaria, desarrollado por los artículos 496 a 503 del Reglamento, y *b)* los «concursos de méritos» para la provisión de plazas de Letrados en la Dirección General de los Registros y del Notariado entre Registradores de la Propiedad y Notarios con más de cinco años de servicios efectivos en sus cargos, a que se refiere el artículo 262 y 263, párrafo penúltimo, de la Ley Hipotecaria, desarrollados por los artículos 457 a 463 de su Reglamento. Estos últimos preceptos integran en su totalidad el apartado quinto, bajo la rúbrica «CONCURSO DE MÉRITOS», de la Sección primera «De la Dirección General» del Título X «De la dirección e inspección de los Registros» del vigente Reglamento Hipotecario. Pues bien, entre tales preceptos figura el artículo 462 del citado Reglamento que regula el derecho de asimilación. Por tanto, el derecho de asimilación se encuentra regulado en la legislación hipotecaria dentro del régimen jurídico del concurso de méritos.

Obsérvese que la Ley 13/1996 no contiene una habilitación o remisión normativa a un desarrollo reglamentario ulterior, sino un *reenvío directo a la legislación hipotecaria*. Repárese en que la técnica empleada no es, pues, la de la habilitación del desarrollo reglamentario, a diferencia de lo que se hizo en otros supuestos como el de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, sobre Demarcación y Planta Judicial que estableció que: «En el Ministerio de Justicia, con la adscripción que determine su Reglamento Orgánico, podrán existir hasta diez plazas servidas por Jueces o Magistrados. Se proveerán mediante *concurso de méritos que convocará y resolverá el Ministerio de Justicia en la forma que se determine reglamentariamente*» (art. 25). Obsérvese la diferencia entre esta fórmula legal y la empleada por el artículo 127.2

de la Ley 13/1996: «Estas plazas se proveerán mediante *concurso de méritos* que se convocará y resolverá en la *forma y con el régimen jurídico que determina la legislación hipotecaria*». Por tanto, el artículo 127 de la citada Ley 13/1996 se encuentra en una «*relación de integración directa*» con la Ley Hipotecaria en virtud del reenvío normativo de aquella a ésta. Y este reenvío se refiere no sólo a la «forma» de convocar y resolver el concurso de méritos, sino también a su «régimen jurídico».

La remisión hecha por el artículo 127.2 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, a la regulación del «concurso de méritos» contenida en la legislación hipotecaria sólo puede ser entendida como hecha en relación al régimen jurídico que resulta de los preceptos antes mencionados (arts. 262 y 263, párrafo penúltimo, de la Ley Hipotecaria, y 457 a 463 de su Reglamento). Por tanto, el mandato legal del mencionado artículo 127 de la Ley 13/1996 fue claro: resuélvase el concurso de méritos para proveer las diez plazas creadas en la Dirección General de los Registros y del Notariado en la «forma» prevista en la legislación hipotecaria y resuélvase con aplicación del «régimen jurídico» previsto en la misma legislación hipotecaria, esto es, aplicando a los Notarios y Registradores adscritos y nombrados para el desempeño de tales plazas el régimen jurídico resultante de los reiterados preceptos, sin excluir de dicho régimen precepto alguno, más que en lo que resultase manifiestamente incompatible con el nuevo régimen legal estatuido por la citada Ley 13/1996 (situación de servicio activo, conservación del despacho, régimen retributivo: cfr. art. 127.3: «*Dichas plazas no incrementarán la relación de puestos de trabajo que tenga autorizada el Ministerio de Justicia y quienes la ocupen mantendrán su régimen retributivo propio, regulado por la legislación hipotecaria*»).

Obsérvese a este respecto que el artículo 127 de la Ley 13/1996 no crea «cinco plazas servidas por Notarios» y «cinco plazas servidas por Registradores» adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, ni «diez plazas servidas por Notarios o Registradores», sino «diez plazas servidas por Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles».

1.2. *El artículo 263, penúltimo párrafo de la Ley Hipotecaria.* *Justificación de la vigencia de este precepto legal*

Por su parte, el artículo 263 de la Ley Hipotecaria tras disponer en su párrafo primero que «el personal del Cuerpo Facultativo que ingrese por oposición directa al mismo tiene, desde su ingreso en el Centro Directivo, la asimilación a Registrador de la Propiedad y Notario», condicionándolo a la prestación de cinco años de servicios en el Centro Directivo, establece en su párrafo penúltimo respecto de los que ingresen por concurso de méritos, que

«El Notario, con relación al Cuerpo de Registradores, y el Registrador respecto al de Notarios, se considerarán en la misma situación que los que hayan ingresado en la Dirección por oposición directa».

Este precepto sigue en vigor, sin que haya sido derogado en las recientes reformas de la Ley Hipotecaria operadas por las Leyes 7/1998, de 13 de abril, 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (esta última introdujo una reforma a la legislación hipotecaria de gran amplitud y contiene una derogación expresa de ciertos preceptos concretos de la Ley Hipotecaria, ajenos al tema ahora considerado: párrafo segundo del número 2 del art. 222 y párrafos primero y segundo del art. 253) y 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el Impulso a la Productividad, que igualmente introduce una amplia reforma en la Ley Hipotecaria.

El artículo 263 de la Ley Hipotecaria tampoco fue derogado por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, cuya Disposición Adicional 9.^a suprimió el antiguo Cuerpo Facultativo de Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Antes, al contrario, su vigencia queda demostrada por la aplicación que de tal precepto hizo la Disposición Transitoria 2.^a del Real Decreto de 5 de junio de 1985, que desarrolló tal Disposición Adicional 9.^a en favor de los «futuros» opositores convocados por Orden del Ministerio de Justicia de 29 de junio de 1984, ya que ningún derecho había nacido para ellos durante la vigencia del antiguo Cuerpo Facultativo, extinguido antes de la celebración de tales oposiciones. Es más, la citada Orden Ministerial fue publicada en el *BOE* el 6 de julio de 1984, abriendo un plazo de treinta días hábiles para presentar instancias, publicándose la lista de los opositores admitidos y el sorteo de los mismos mediante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de diciembre de 1984, y fijándose la fecha para la práctica del primer ejercicio el 29 de enero de 1985. Los aprobados en tales oposiciones (la práctica de cuyos ejercicios y el cierre del plazo de presentación de instancias e incluso la publicación de la lista de admitidos es ya posterior a la desaparición del antiguo Cuerpo Facultativo de la DGRN) no ingresaron en dicho Cuerpo, lo cual hubiese sido imposible por su previa desaparición, sino el Cuerpo Superior de Letrados del Estado, creado por la misma Ley 30/1984, de 2 de agosto.

Lo que demuestra que ni el artículo 263 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes del Reglamento Hipotecario quedaron derogados por la Ley 30/1984, en cuanto extinguió el antiguo Cuerpo Facultativo, ni el derecho de asimilación está necesaria y exclusivamente vinculado al personal del antiguo Cuerpo Facultativo. Se aplica también a los opositores que ganaron plaza en la Dirección General en la convocatoria de oposiciones hecha por Orden de 29 de junio de 1985, en virtud de la Disposición Transitoria 2.^a del Real Decreto de 5 de junio de 1985, y a los Notarios y Registradores adscritos en virtud de la remisión normativa del artículo 127 de la Ley 13/1996 al régimen

jurídico previsto en la legislación hipotecaria para el acceso a la Dirección General de los Registros y del Notariado por concurso de méritos. Repárese que de no admitir la vigencia del artículo 263 de la Ley Hipotecaria, por razón de la supresión del extinguido Cuerpo Facultativo de la DGRN, ello obligaría a llegar a la conclusión de la nulidad de pleno derecho de la Disposición Transitoria 2.^a del Real Decreto 848/1985 por haber extendido el derecho de asimilación previsto en dicho precepto a personas que no pertenecieron nunca al antiguo Cuerpo Facultativo, según se ha dicho, nulidad no postulada por nadie hasta la fecha, lo que constituye buena prueba de vigencia del citado precepto legal. Si la previsión de la Transitoria 2.^a del citado Real Decreto es perfectamente válida es precisamente porque el artículo 263 de la Ley Hipotecaria era entonces y sigue siendo un precepto legal vigente, que dota de cobertura legal a la citada disposición reglamentaria.

También avalan la conclusión anterior de la vigencia del artículo 263 de la Ley Hipotecaria los siguientes argumentos:

- a) El tenor literal del artículo 127.2 de la Ley 13/1996 conforme al cual: «Dos. Estas plazas se proveerán mediante *concurso de méritos* que se convocará y resolverá en la forma y con el régimen jurídico que determina la legislación hipotecaria», esto es, se trata de una norma de reenvío a otra norma existente al tiempo del reenvío, esto es, vigente. El transcrito precepto utiliza el presente de indicativo como tiempo verbal, por lo que las normas reenviadas son las relativas al régimen jurídico que «determina» —en presente— la legislación hipotecaria. Y ya se ha reiterado que entre las normas que sobre el régimen jurídico del concurso de méritos «determina» la legislación hipotecaria figuran el artículo 263, penúltimo párrafo de la Ley Hipotecaria y el artículo 462 de su Reglamento, relativos ambos al debatido derecho de asimilación. Por tanto, estamos en presencia de una norma que contiene un claro elemento de «interpretación auténtica» del artículo 263 de la Ley Hipotecaria en sentido favorable a su vigencia. La misma conclusión se alcanza del tenor literal de la antes mencionada Disposición Transitoria 2.^a del Real Decreto 848/1985, de 5 de junio, que igualmente utiliza el presente de indicativo al aludir a «los derechos de asimilación previstos en el artículo 263 de la Ley Hipotecaria y concordantes de la misma».
- b) No puede entenderse que una nueva norma legal reenvíe para completar su contenido a otra previa que haya sido derogada expresa o tácitamente. En definitiva, si los preceptos que aludían en la legislación hipotecaria a los miembros del antiguo Cuerpo Facultativo de Letrados estuvieran derogados por el mero hecho de la supresión de tal Cuerpo, ¿cómo es que el artículo 127 de la Ley 13/1996 se remite a unos preceptos derogados? Para evitar el absurdo que ello

supondría, en los casos en que la norma reenviada estuviera realmente derogada, habría que entender que dicha remisión o reenvío supone la reviviscencia de la norma remitida por imperio de la norma remitente o reenviante.

- c) Toda la literatura jurídica es conforme con la conclusión, respecto del tema de la aplicación en el tiempo del Ordenamiento Jurídico, de que las normas legales se extinguen y pierden su vigencia o bien por el transcurso de su plazo de vigencia (para el caso de las leyes que autolimitan su vigencia: leyes de presupuestos, regulaciones de campaña, etc.) o bien por su derogación. Como quiera que la Ley Hipotecaria no es de aquéllas que autolimitan su período de vigencia en el tiempo sus preceptos permanecen en vigor hasta su derogación por otra norma legal posterior. Sabido es que para evitar dudas y dificultades de interpretación con las derogaciones tácitas por incompatibilidad de los mandatos de una norma posterior respecto de otra anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 dispuso en su artículo 129.3, dentro del procedimiento especial para la elaboración de disposiciones de carácter general que: «no podrá formularse ninguna propuesta de nueva disposición sin acompañar al proyecto la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia y sin que en la nueva disposición se consignen expresamente las anteriores que han de quedar total o parcialmente derogadas». Por tanto, la ley prohibía el sistema de derogaciones indeterminadas, prohibición que subsistió hasta la entrada en vigor de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Esta prohibición, por tanto, estaba vigente en la fecha de la aprobación y publicación de la Ley 30/1984, de 29 de agosto, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública, y en la misma no se incorporó, como hubiese sido obligatorio para los autores del proyecto de haberse querido derogar los preceptos relativos al derecho de asimilación, Disposición Derogatoria alguna respecto del artículo 263 de la Ley Hipotecaria y concordantes. Tampoco ha sido derogado tal precepto en las recientes reformas de la Ley Hipotecaria operadas por las Leyes 7/1998, de 13 de abril, 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, ni por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el Impulso a la Productividad. Añádase que si en otros ámbitos fue frecuente el incumplimiento de la prohibición de la cláusula derogatoria indeterminada, no es éste el caso de la legislación hipotecaria que ha seguido siempre la regla de la derogación expresa (vid. v.gr., en la reciente reforma citada, la Disposición Derogatoria única de la Ley 24/2001, que deroga expresamente los párrafos 1 y 2 del artículo 253 de la Ley Hipotecaria).

- d) Que los preceptos que aludían a los Letrados del Cuerpo Facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado no se deben entender derogados en virtud de la mera supresión de tal Cuerpo operado por la Disposición Adicional 9.^a de la Ley 30/1984 es algo que resulta igualmente de la norma incorporada a la Disposición Adicional 1.^a del Real Decreto de 5 de junio de 1985, que desarrolla la mencionada Disposición Adicional 9.^a, ya que prevé expresamente que las referencias que se contienen en las disposiciones vigentes al Cuerpo de Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado se entenderán hechas en lo sucesivo al Cuerpo Superior de Letrados del Estado. No se trata ahora de dilucidar la aplicabilidad del artículo 263 de la Ley Hipotecaria a los miembros de este último Cuerpo, que en todo caso debería quedar sujeto al requisito de ganar plaza en la Dirección General mediante concurso de méritos y al de permanencia en dicho Centro Directivo al menos durante cinco años, sino de demostrar que la mera supresión del antiguo Cuerpo Facultativo de Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado no supuso derogación alguna del artículo 263 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes.
- e) La misma conclusión deriva de las reglas generales sobre derogaciones tácitas en nuestro Derecho. Así, el artículo 2, número 2 del Código Civil establece que: «Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior». Glosando esta norma el profesor don Federico DE CASTRO (3), con su reconocida autoridad, y en relación a los supuestos de derogación tácita por incompatibilidad de la nueva ley con la anterior, declaró que «cuando la nueva ley no contiene una cláusula derogatoria o ella no determina su alcance, hace nacer la difícil cuestión de averiguar qué disposiciones han quedado derogadas en cada caso. Cuando se manifiesta una contradicción insuperable con las leyes anteriores es evidente la derogación; mas, en otros casos, incluso cuando contenga diferencias sustanciales es difícil señalar cuándo se puede presumir. Se impone entonces proceder a una delicada tarea interpretativa, en la que se han de tener en cuenta las distintas disposiciones en cuestión, examinando sus preceptos, sistemas y criterios informadores». Añade el maestro que para admitir la *voluntas abrogandi* de la nueva dispo-

(3) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, segunda edición, Parte General, Tomo I, Libro preliminar, págs. 629 a 631; 1949; edición facsímil, Civitas, Madrid, 1984.

sición respecto a otra anterior, se precisan los siguientes requisitos: 1.º identidad de los destinatarios de sus mandatos; 2.º igualdad de materia entre ambas leyes; y 3.º contradicción e incompatibilidad entre los fines de los preceptos. Concluye el insigne profesor afirmando que «no cabe inducir fácilmente la derogación de preceptos legales. Las Leyes, como base de seguridad jurídica, cuya desaparición dejaría en la incertidumbre tantas situaciones jurídicas, tienen una notable *vis inertiae*. Ello explica que las mismas leyes permanezcan a través de cambios de soberanía y de la mudanza de los regímenes políticos, mientras no se deroguen expresamente. En este sentido aclara que «la mera inacción de la norma significa sólo no comienzo o suspensión de eficacia, no derogación y, en cualquier momento, puede ponerse de hecho en vigor»; y cita los siguientes ejemplos: «la Ley de 15 de noviembre de 1915, sobre el libro de Familia; respecto de la eficacia de la Ley de Usura sobre el Registro Central de Préstamos nulos (art. 7), la aplicación del artículo 60 LRC, de la Ley de 5 de diciembre de 1944 (art. 1.863 bis a 1.873 bis). Claramente se podría agregar a esta lista el ejemplo del artículo 263 de la Ley Hipotecaria desde la promulgación de la Ley 30/1984 hasta la de la Ley 13/1996.

Esta tesis es la predominante en nuestra doctrina científica y legal, como ocurrió en tantas materias abordadas por el profesor DE CASTRO. Así, el conocido Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra, Salvador CODERCH, afirma que «no resulta técnicamente correcto hablar de derogación en los casos en que se lleva a cabo una modificación del Derecho preexistente que se refiere sólo al ámbito de los *supuestos de hecho* o de las *consecuencias de derecho* de la normativa que se dice derogada ... la modificación del Derecho preexistente puede limitarse a los aspectos *temporales, materiales o personales* de una determinada regulación en cuyo caso, se entenderá que los no aludidos permanecen en vigor ... En estos supuestos tampoco hay derogación en sentido propio, sino modificación de la regulación preexistente» (4). Resulta evidente la aplicabilidad a nuestro caso de la citada doctrina: *la Ley 30/1984 introduce una modificación en el Derecho preexistente —art. 263 LH— que afecta exclusivamente a sus elementos personales como supuesto de hecho de la aplicación de la norma, que no da lugar a su derogación*. En virtud de la posterior Ley 13/1996 (art. 127.2) el anterior presupuesto fáctico de aplicación del artículo 263 de la Ley Hipotecaria, en su dimensión personal, esto es, los miembros del antiguo Cuerpo

(4) *Comentarios al artículo 2 del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 15.

Facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado queda modificado y sustituido por los nuevos Notarios y Registradores adscritos a dicho Centro Directivo.

En nuestro caso, además, no concurre el requisito imprescindible en todo supuesto de derogación tácita de la oposición, contradicción ni incompatibilidad de la nueva disposición con la anterior. La cualidad de incompatible se predica de aquello que carece de aptitud para unirse a algo o a alguien (Diccionario de la Real Academia de la Lengua), en tanto que la historia de la legislación hipotecaria y de los hitos organizativos de la Dirección General de los Registros y del Notariado nos enseñan que el derecho de asimilación nació antes de la constitución del Cuerpo Especial Facultativo de Letrados y que sobrevivió a este Cuerpo, como después veremos en detalle en el apartado correspondiente. Por la misma razón no hay incompatibilidad entre la Disposición Adicional 9.ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y el artículo 263 de la Ley Hipotecaria. Lo que se produjo fue una de esas *situaciones de inactividad* de la norma a que se refiere el profesor DE CASTRO, pero no una derogación. Y claro es que al decir el artículo 2, número 2, del Código Civil que «las leyes sólo se derogan por otras posteriores», niega eficacia extintiva al «desuso, costumbre o práctica en contrario» a que se refería el precedente del artículo 2, número 2, del Código Civil (art. 5 del Código Civil de 1889). Por lo demás, resulta de aplicación al caso el criterio *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, pues la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas Urgentes de Reforma de la Función Pública, como Ley común para toda la función pública, es ley general frente a la Ley Hipotecaria que es ley especial.

En idéntico sentido se puede citar a GARCÍA DE ENTERRÍA, quien con alguna crudeza al comentar la supresión de la exigencia de la tabla de derogaciones, esto es, el requisito de que las derogaciones de disposiciones generales se hagan de forma expresa, que realizó el artículo 24 de la Ley del Gobierno de 27 de noviembre de 1997, afirma que «ni la Administración, que inicia o controla la actividad legislativa formal y que aprueba por sí misma toda clase de Reglamentos, es consciente del grado de novedad de los productos normativos que promueve e impone. Si el “señor del Derecho” ignora así lo que está haciendo, ¿cómo los aplicadores del Derecho pueden saber con alguna seguridad qué normas están vigentes y cuáles han de entenderse derogadas, siendo así que nadie declara esa derogación?» Es claro que en nuestro caso ese grado de inseguridad jurídica de que habla GARCÍA DE ENTERRÍA se exagera al declarar expresamente la Administración hasta en cuatro ocasiones distintas mediante sendas Resoluciones administrativas firmes la no derogación de una norma, y al cabo de más de cinco años con daño manifiesto para los afectados pretende declarar la nulidad de tales Resoluciones afirmando, por acto de contrario imperio, que las normas aplicadas por las mismas sí

estaban derogadas, a pesar de no haberlas derogado expresamente en contra de la obligación legal que sobre la misma pesaba.

Añade el prestigioso Catedrático de Derecho Administrativo citado que ante tal situación: «el trabajo puramente privado de las recopilaciones normativas, convenientemente estudiadas y anotadas, se ha convertido así en una verdadera necesidad pública», cuya autoridad no puede ser otra que la de sus propios autores. Pues bien, en el campo del Derecho Hipotecario es notoria la autoridad del repertorio de legislación hipotecaria de la editorial Civitas (que va por la vigésimo quinta edición), anotado y comentado por el hipotecarista José Manuel GARCÍA GARCÍA. Siguiendo, pues, el método interpretativo sugerido por GARCÍA DE ENTERRÍA y acudiendo al repertorio más prestigioso de legislación hipotecaria, puede corroborarse la opinión de su autor favorable no sólo sobre la vigencia del artículo 263 de la Ley Hipotecaria y de los artículos 457 a 463 de su Reglamento, sino también sobre la aplicabilidad de los mismos a los Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado. A sus comentarios nos remitimos. Igualmente incluyen como vigentes los preceptos citados las siguientes recopilaciones de legislación hipotecaria: la de la editorial Colex (preparada por ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, Notario; FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL, Fiscal del Tribunal Supremo, y MARÍA JOSÉ MIRANDA DE LAS HERAS, Registradora de la Propiedad); la de la editorial Thomson-Aranzadi, preparada por CARMEN GÓMEZ LAPLAZA, Catedrática de Derecho Civil, y HELENA DíEZ GARCÍA, Catedrática de Derecho Civil; la de la editorial McGraw-Hill; la de la editorial Tecnos, preparada por FERNANDO MORILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO ECHEVERRÍA SUMMERS y JOSÉ CARLOS ERDOZAIN LÓPEZ. Esta última editorial tiene una edición abreviada de legislación hipotecaria con anotaciones de concordancia, pero sin comentarios, que es el único de todos los existentes que cita como derogados los artículos 457 a 463 del Reglamento Hipotecario.

1.3. *La Disposición Adicional vigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social*

La Disposición Adicional vigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, establece en su apartado primero, letra E), que «*el escalafón del Cuerpo Único de Notarios quedará formado por la integración de los actuales escalafones de Notarios y Corredores de Comercio Colegiados, por estricto orden de antigüedad en uno y otro*».

Por su parte, el artículo 43.uno, apartado 1, de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, concreta

los criterios determinantes para establecer la antigüedad de cada uno de los miembros de los Cuerpos afectados por la integración.

2. EL MARCO REGLAMENTARIO DE DESARROLLO DEL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE DE LOS NOTARIOS Y REGISTRADORES ADSCRITOS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

2.1. *El artículo 462 del Reglamento Hipotecario sobre asimilación de los Letrados adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado*

El artículo 462 del Reglamento Hipotecario dispone que: «A los efectos del párrafo penúltimo del artículo 263 de la Ley, los funcionarios del Cuerpo Especial Facultativo que, procedentes del Notariado, obtengan por concurso plazas de Registradores de la Propiedad, ocuparán en el Escalafón de este último Cuerpo el número que corresponda según la antigüedad que les confiera la fecha de la toma de posesión en el Centro Directivo. Igualmente, y en el mismo caso, los procedentes del Cuerpo de Registradores ocuparán en el Escalafón Notarial el número que les corresponda según su antigüedad en dicho Cuerpo Especial Facultativo». Las referencias que en el precepto transcrito se realizan a los funcionarios del Cuerpo Facultativo se han de entender ahora realizadas, en virtud de la remisión que se contiene en el artículo 127.2 de la reiterada Ley 13/1996, a los Notarios y Registradores adscritos que fueron nombrados para el desempeño de las diez plazas creadas en la DGRN. Ya hemos dicho que el artículo 263 de la Ley Hipotecaria no fue derogado por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, cuya Disposición Adicional 9.^a suprimió el citado Cuerpo Facultativo. Antes al contrario, su vigencia queda demostrada por la aplicación que de tal precepto hizo la Disposición Transitoria 2.^a del Real Decreto de 5 de junio de 1985, que desarrolló tal Disposición Adicional en favor de los «futuros» opositores convocados por orden del Ministerio de Justicia de 29 de junio de 1984, ya que ningún derecho había nacido para ellos durante la vigencia del antiguo Cuerpo Facultativo, extinguido antes de la celebración de tales oposiciones. Lo que demuestra que ni el artículo 263 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes del Reglamento Hipotecario quedaron derogados por la Ley 30/1984, en cuanto extinguió el antiguo Cuerpo Facultativo, ni el derecho de asimilación está necesaria y exclusivamente vinculado al personal del antiguo Cuerpo Facultativo. Se aplica también a los opositores que ganaron plaza en la Dirección General en la convocatoria hecha por Orden de 29 de junio de 1985, en virtud de la Disposición Transitoria 2.^a del Real Decreto de 5 de junio de 1985, y a los Notarios y Registradores adscritos en virtud de la remisión normativa del artículo 127 de la

Ley 13/1996 al régimen jurídico previsto en la legislación hipotecaria para el acceso a la DGRN por concurso de méritos.

Ya se ha dicho que la remisión que se contiene en el artículo 127.2 de la Ley 13/1996 al régimen jurídico del concurso de méritos para proveer las diez plazas creadas en la Dirección General de los Registros y del Notariado previsto en la legislación hipotecaria sólo puede ser rectamente interpretado entendiendo que la remisión se refiere a los artículos 262 y 263, penúltimo párrafo, de la Ley Hipotecaria y a los artículos 457 a 463 del Reglamento Hipotecario, integrantes del apartado quinto, epigrafiado «CONCURSO DE MÉRITOS», de la Sección primera «De la Dirección General» del Título X «De la dirección e inspección de los Registros» del citado Reglamento Hipotecario, únicos preceptos vigentes sobre la materia en la fecha de la aprobación de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

2.2. El Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, sobre régimen jurídico de los Notarios y Registradores adscritos. Análisis de su contenido

El Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, sobre régimen jurídico de los Notarios y Registradores adscritos no derogó el citado artículo 462 del Reglamento Hipotecario ni excluyó el régimen de asimilación previsto en el mismo, «habida cuenta de la permanente dedicación de aquellos en el Centro Directivo durante el plazo al menos de cinco años, a la que la asimilación quedaría subordinada».

El proyecto del Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, contenía un precepto, que después desapareció en su redacción final, que decía: «Notarios y Registradores adscritos tendrán la asimilación a Registrador y Notario que podrán hacer efectiva en los términos previstos en el artículo 263 de la Ley Hipotecaria». El Consejo de Estado informó negativamente sobre dicho precepto, por entender necesario para ello una previa habilitación de rango legal, considerando que dicha habilitación no podía encontrarse en el artículo 263 de la Ley Hipotecaria por entender que la supresión del antiguo Cuerpo Facultativo operado por la Ley 30/1984 supuso la derogación tácita de aquel precepto —haciendo suyo el criterio manifestado previamente por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia—, y por considerar que tampoco era suficiente a tales efectos la remisión hecha por el artículo 127 de la Ley 13/1996 a la legislación hipotecaria porque dicha remisión «se circunscribe al concurso de méritos para proveer las citadas plazas de Notarios y Registradores y a su retribución, cuestiones ajenas al objeto específico del citado artículo 263» relativo a la asimilación.

Ya hemos visto, sin embargo, que el derecho de asimilación no es ajeno al régimen jurídico del concurso de méritos encontrándose regulado en el

artículo 462 del Reglamento Hipotecario, en desarrollo del párrafo penúltimo del artículo 263 de la Ley Hipotecaria, dentro del apartado del CONCURSO DE MÉRITOS, de la Sección primera del Título X del citado Reglamento Hipotecario. También hemos visto cómo la supresión del antiguo Cuerpo Facultativo no supuso la derogación tácita del artículo 263 de la Ley Hipotecaria, según resulta del reenvío que el artículo 127.2 de la Ley 13/1996 hace a la legislación hipotecaria, de la que deriva un claro elemento de interpretación auténtica. De hecho la interpretación postulada por el Consejo de Estado en su Dictamen de 23 de octubre de 1997 le conduce a elaborar un argumento forzado al tener que afirmar para sostener su tesis que la legislación hipotecaria «no contiene actualmente una regulación directamente aplicable a la cuestión, por lo que la citada remisión debe entenderse como un mandato para fijar un régimen *ad hoc* que se inspire en los criterios normativos de la legislación hipotecaria» (pág. 21). Pero ya hemos visto que no es eso lo que realmente dispone el artículo 127 de la Ley 13/1996, que no contiene ningún mandato de desarrollo reglamentario ulterior, sino una remisión directa al régimen jurídico que para el concurso de méritos «*determina* —en presente de indicativo— *la legislación hipotecaria*».

Por otra parte, informaron favorablemente el proyecto con inclusión del citado precepto de remisión expresa al artículo 263 de la Ley Hipotecaria la Dirección General de los Registros y del Notariado, la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y el Ministerio de Administraciones Públicas (Secretaría General Técnica y Ministro). También el Consejo General del Notariado, crítico en otros aspectos del proyecto, se manifestó igualmente favorable a la atribución del derecho de asimilación a los Notarios y Registradores adscritos.

Finalmente también se han declarado favorables a la existencia del derecho de asimilación en favor de Notarios y Registradores adscritos el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de octubre de 2000 y la doctrina científica hipotecarista más autorizada (ver anotaciones en los repertorios de legislación hipotecaria citados *supra*). Por último, el propio Gabinete de Estudios del Servicio Jurídico del Estado, si bien ha informado de forma crítica en el tema objeto de estudio, sostiene sin embargo la vigencia del artículo 263 de la Ley Hipotecaria que lo fundamenta.

En definitiva, la interpretación más segura de los antecedentes citados es que a la vista de la mención en algunos de los informes previos evacuados durante la tramitación del anteproyecto a la necesidad de una norma de rango legal en la materia, por partir de la consideración de que la regulación del derecho de asimilación en el artículo 263 de la Ley Hipotecaria determina una reserva formal de Ley conforme al principio de congelación del rango de la norma, se optase por evitar la inclusión de un precepto reglamentario que pudiese considerarse atentatorio a tal reserva formal de Ley, especial-

mente cuando tal precepto podía considerarse superfluo, pues la remisión que contenía el anteproyecto al artículo 263 de la Ley Hipotecaria ya figuraba en el propio artículo 127 de la Ley 13/1996, que como hemos visto remite al régimen jurídico del concurso de méritos contenido en los artículos 457 a 463 del Reglamento Hipotecario y concordantes de la Ley Hipotecaria. Por tanto, parecía preferible mantener en vigor estos últimos preceptos, que pudieron hacer en vía reglamentaria lo que hoy no podría hacer un Reglamento, toda vez que su validez se ha de medir por las reglas de producción normativa existentes en la época en que fueron promulgadas, en tanto que normas preconstitucionales. En consecuencia, la solución adoptada consistió en dejar la regulación de este aspecto del régimen jurídico de los Notarios y Registradores adscritos en el ámbito del Reglamento Hipotecario, en lugar de incluirlo en el Real Decreto 1786/1997, opción que se estableció igualmente para otros aspectos del citado régimen jurídico, como la participación de aquellos en los Tribunales de oposiciones o el régimen de organización y retribución de los Registradores interinos nombrados para sustituir en su despacho al Registrador adscrito a la DGRN (vid. arts. 505 y 553, último párrafo, RH). Es decir, el Real Decreto 1786/1997 no recoge expresamente en su texto definitivo el régimen de asimilación, pero lo mantiene en vigor dejando subsistente y sin derogar el artículo 462 del Reglamento Hipotecario.

Además, este Real Decreto resultaría incoherente en alguno de sus extremos en ausencia del derecho de asimilación. Así, por ejemplo, su artículo 14 dispone: *«Asignación de funciones. Se asignará a cada Notario o Registrador adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado la elaboración de las propuestas de resolución de un determinado tipo de recursos, determinándose tal asignación en función de su antigüedad en la adscripción y, en su caso, del resultado del concurso respectivo»*. La Orden del Ministerio de Justicia, de 23 de diciembre de 1997, desarrollada mediante Instrucción de la DGRN de 18 de mayo de 1998, dictó normas sobre la adscripción de los diez Letrados a cuatro Secciones. Pues bien, la adscripción a las respectivas Secciones notarial y registral no se hace depender de la condición de Notario o Registrador del letrado adscrito a las mismas, sino exclusivamente de *«su antigüedad en la adscripción y, en su caso, del resultado del concurso respectivo»*. Por tanto, un letrado adscrito procedente del Cuerpo de Notarios puede quedar asignado a la Sección de quejas en materia registral y un letrado procedente del Cuerpo de Registradores puede quedar adscrito a la Sección de quejas en materia notarial, lo cual, una vez más, se entiende sin dificultad precisamente en función de la existencia del derecho de asimilación.

En este sentido la distribución de las diez plazas que prevé el artículo 2 del Real Decreto 1786/1997, *«la mitad corresponderá a Notarios y la otra mitad a Registradores de la Propiedad y Mercantiles»*, constituye un criterio

proporcional o de «cuota paritaria» que se aplica en la entrada o ingreso mediante adscripción como letrado en la Dirección General de los Registros y del Notariado, con la finalidad de salvaguardar el mayor equilibrio posible en la procedencia corporativa de los Letrados de dicha Dirección General, dado que sus funciones, especialmente en lo relativo a la elaboración de las propuestas de resolución de los recursos gubernativos contra la calificación de los Registradores, la conocida «jurisprudencia registral», incide a su vez en el equilibrio funcional entre ambos Cuerpos; finalidad de equilibrio en cuya lógica se inscribe también el derecho de asimilación que genera sin duda una mayor equidistancia e imparcialidad, al evitarse interpretaciones de los temas en que han de intervenir los Letrados adscritos mediatizadas por una visión corporativa unilateral. En este sentido, dicha distribución responde a sugerencias hechas por los Colegios profesionales respectivos en el trámite de información pública del proyecto del citado Real Decreto. Ahora bien, una vez producido el ingreso en la Dirección General de los Registros y del Notariado, los Letrados adscritos guardan entre sí un orden escalafonal interno o propio «*en función de su antigüedad en la adscripción y, en su caso, del resultado del concurso respectivo*», dice el Real Decreto 1786/1997, orden que atribuye preferencia para la asignación de plazas de una u otra Sección, como hemos visto (vid. art. 14 del Real Decreto 1786/1997) con total independencia de la procedencia de uno u otro Cuerpo de los respectivos Letrados adscritos. Sólo así puede ser entendido el Real Decreto 1786/1997, ya que de otro modo chocaría con el tenor de la norma a la que desarrolla, pues el artículo 127 de la Ley 13/1996 no crea «cinco plazas servidas por Notarios» y «cinco plazas servidas por Registradores» adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, sino «diez plazas servidas por *Notarios y Registradores* de la Propiedad y Mercantiles».

2.3. El Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, de Reforma del Reglamento Hipotecario

Más recientemente se produjo la importante reforma del Reglamento Hipotecario (tanto por su extensión y número de preceptos modificados, como por el alcance de los mismos), llevada a cabo por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, reforma que en lo que ahora interesa merece ser destacada en dos aspectos diferentes:

- a) Introduce nuevos preceptos reguladores de determinados aspectos del régimen jurídico de los Letrados adscritos: así el nuevo artículo 553.e) del Reglamento en materia de la retribución de los interinos; y el nuevo artículo 505 del mismo Reglamento relativo a la participación de dichos Letrados en el Tribunal de las oposiciones al Cuerpo de

Registradores: «Será Presidente [del Tribunal] el Director General de los Registros y del Notariado, o un Registrador o Notario adscrito a dicho Centro, o el Decano u otro miembro de la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles».

Obsérvese que si no existiera el derecho de asimilación de los artículos 263 de la Ley Hipotecaria y 462 de su Reglamento resultaría chocante y hasta absurdo que, en defecto del Director General, presidiera el Tribunal de oposiciones para el ingreso en el Cuerpo de Registradores un Notario. Si el precepto habla de «Registrador o Notario adscrito» es precisamente porque tal absurdo no existe por razón del derecho de asimilación; tan es así que la Exposición de Motivos del Real Decreto 1867/1998 que dio su redacción actual al transcrito artículo 505 del Reglamento Hipotecario invoca la «lógica» para justificar la reforma en este punto, al afirmar que «se ha reformado la composición del Tribunal o Tribunales para incluir en ellos a los Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, conforme a lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley 13/1996, pues *es lógico que una de sus funciones sea, precisamente, la de intervenir en las oposiciones de ingreso en el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad y Mercantiles*». Si es lógico y no absurdo es justamente porque el Presidente del Tribunal de oposiciones al Cuerpo de Registradores, en defecto del Director General, en tanto que letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, es miembro de dicho Cuerpo, bien por oposición directa, bien por derecho de asimilación; de no ser así, ¿qué otro precedente de tal situación anómala o, al menos, atípica cabe citar? No conocemos ninguno, al menos en el ámbito de los Cuerpos Jurídicos de la Administración General del Estado.

Recientemente esta previsión sobre composición de Tribunales se ha completado exactamente en la misma línea mediante el Real Decreto 862/2003, de 4 de julio, por el que se modifica el Reglamento Notarial, que da nueva redacción al artículo 10 del mismo, relativo a la composición del Tribunal de oposiciones de ingreso en el Notariado, estableciendo que en defecto del Director General de los Registros y del Notariado, o de cualquiera de los Subdirectores, presidirá el Tribunal un Notario o Registrador adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

- b) No modifica ni deroga el artículo 462 del Reglamento Hipotecario, debiendo subrayarse que las sucesivas reformas del Reglamento Hipotecario siempre han seguido la técnica de la derogación expresa de los preceptos no vigentes (véase, v.gr., el art. 1 del Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre).

Por lo demás, en cuanto a la validez y legalidad del citado artículo 462 del Reglamento Hipotecario, hay que señalar que sobre encontrar su apoyo legal en el artículo 263, penúltimo párrafo, de la Ley Hipotecaria y, en el artículo 127.2 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, en cuanto aplicable al régimen jurídico de los Notarios y Registradores adscritos que sirven las diez plazas creadas por el citado artículo 127, se trata de una norma preconstitucional, por lo que su validez debe medirse por las reglas de producción de normas que estaban vigentes cuando fueron aprobadas (según recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2000 —Sala de lo Contencioso-Administrativo—, a la que más adelante habremos de referirnos nuevamente).

Finalmente, se ha de señalar que también la doctrina científica más autorizada en el ámbito hipotecario se ha pronunciado a favor de la vigencia del artículo 462 del Reglamento Hipotecario y de su aplicación a los Notarios y Registradores como Letrados adscritos. Este es el caso del tratadista de Derecho Hipotecario y profuso comentarista de la legislación hipotecaria, José Manuel GARCÍA GARCÍA, quien en sus anotaciones a la Ley Hipotecaria y su Reglamento señala a propósito del artículo 457 de éste lo siguiente: «A pesar de haber sido suprimido el Cuerpo Especial Facultativo, este artículo y los siguientes no han sido derogados, por lo que podrían ser aplicables a la asimilación de los Notarios y Registradores como Letrados adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, según señalan la Resolución de la DGRN de 29 de octubre de 1998 y la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Sección 7.ª) de 24 de octubre de 2000». En su anotación al artículo 444 del mismo Reglamento reitera la idea diciendo: «Véase la Resolución de la DGRN, de 29 de octubre de 1998, sobre régimen y asimilación de los Letrados adscritos a la DGRN, confirmada por sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Sección 7.ª)» (5).

(5) GARCÍA GARCÍA, José Manuel, en anotaciones a la vigésima tercera edición de la *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, Madrid, septiembre de 2002. En igual sentido se pronuncia en sus anotaciones al Título X: «De la dirección e inspección de los Registros» de la Ley Hipotecaria, en su obra más amplia *Código de Legislación Hipotecaria*, Civitas, Madrid, 2001: «la Resolución de la DGRN, de 18 y 29 de octubre de 1998, alude a la no derogación de los artículos 457 a 463 del Reglamento Hipotecario en la reforma del Reglamento Hipotecario llevada a cabo por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (BOE de 29 de septiembre), lo que confirmaría la aplicación de dichos preceptos a los letrados adscritos, entre ellos el artículo 462 RH. Dicha Resolución prevé que los letrados adscritos ocupen en los escalafones respectivos el puesto que les corresponda por razón de antigüedad, pero no se pronuncia de modo definitivo, hasta que no se resuelvan los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra el Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, sobre régimen jurídico de dichos letrados adscritos. La sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, del TS, de 24 de octubre de 2000, resuelve dicha cuestión señalando que la situación que se deriva de la Ley 13/1996, respecto a los letrados adscritos, aunque no sea idéntica, guarda similitud con la que

2.4. *El artículo 4.2 del Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre*

El artículo 4.2 del Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre, sobre medidas urgentes para la efectividad de la integración en un solo Cuerpo de Notarios y Corredores de Comercio Colegiados, dispuso que antes del primer concurso que se convoque para la provisión de plazas a partir de 1 de octubre de 2000, se dicte una Resolución por la que se publique el nuevo escalafón notarial, así como la antigüedad de cada Notario.

En cumplimiento de tal mandato, la Resolución de 24 de enero de 2001, de la Secretaría de Estado de Justicia (*BOE* del 31 de enero de 2001), estableció que «de conformidad con los criterios legalmente previstos, se da cumplimiento al mandato legal, mediante la publicación del escalafón notarial cerrado a 1 de enero de 2001», y dispuso: «*Primero.—Se aprueba el Escalafón Notarial actualizado al 1 de enero de 2001 que se adjunta como anexo a la presente Resolución. Segundo.—*Los interesados disponen de un plazo de diez días naturales, contados a partir del día siguiente al de la publicación de esta Resolución en el *Boletín Oficial del Estado*, para alegar errores materiales o de hecho que, en su caso, hayan podido producirse».

En el citado Escalafón Notarial, que figura en el anexo mencionado, se incluye expresamente a los Registradores adscritos asimilados a Notarios con los números de escalafón 2.661, 2.662 y 2.663, respectivamente, con fecha de nombramiento común (7 de abril de 1998), y con la situación administrativa de: «excedente (4) *Registrador adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, pendiente del cumplimiento de permanencia de cinco años en la Dirección General desde su nombramiento*».

La Ley 55/1999, de 29 de diciembre (Disposición Adicional vigésima cuarta, apartado primero, letra E) establece la configuración y contenido legal concreto, no sólo los criterios generales del «Escalafón del Cuerpo Único de Notarios», que «quedará formado por la integración de los *actuales escalafones de Notarios* y Corredores de Comercio Colegiados». Por ello es lógico que no se establezca más posibilidad de impugnar el escalafón publicado que aquéllas que puedan estar basadas en alegaciones de «errores materiales o de hecho», ya que el derecho escalafonal no surge directamente de la Resolución de la Secretaría de Estado, sino de la propia Ley 55/1999. Pues bien, ninguna impugnación o recurso ni administrativo ni jurisdiccional (no sólo los basados en errores materiales o de hecho, sino de ningún otro tipo) se ha presentado contra la citada Resolución en lo relativo a la incorporación escalafonal de los Registradores adscritos.

tradicionalmente se dio cuando existió el antiguo Cuerpo Especial Facultativo de la DGRN, ya que una parte de sus plazas también se cubría por concurso de méritos entre Notarios y Registradores, y todos los interesados quedaban asimilados a Notarios y Registradores a los efectos de poder optar a plazas de uno y otro Cuerpo».

2.5. *La Resolución de 29 de octubre de 1998, sobre asimilación de los Letrados adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado*

En base a una interpretación coincidente con lo que se acaba de exponer del régimen jurídico de los Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado que desempeñan las plazas creadas por el artículo 127.2 de la Ley 13/1996 en virtud de haber sido designados para ello mediante concurso de méritos, la Resolución de 29 de octubre de 1998, sobre asimilación de los Letrados adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado dispuso lo siguiente: «Sin perjuicio de lo que resuelvan los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra el Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de los Notarios y Registradores de la Propiedad adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, y contra las Órdenes del Ministerio de Justicia de 23 de diciembre de 1997 y 19 y 27 de febrero de 1998, relativas al concurso de méritos para la provisión de tales plazas, *ordenar que en el próximo Escalafón de los Cuerpos de Notarios y de Registradores de la Propiedad y Mercantiles que esta Dirección General elabore, los solicitantes que procedan del Cuerpo de Registradores, ocupen en el Escalafón Notarial el número que corresponda según la antigüedad en la toma de posesión del cargo de Letrado*; y para los que proceden del Cuerpo de Notarios ocupen en el Escalafón de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles el número que corresponda según la misma antigüedad; *supeditándose en ambos casos la efectividad de dicha asimilación a la permanencia en el Centro Directivo durante al menos cinco años* y con expresa advertencia en la publicación de dicho Escalafón de que la asimilación está pendiente de la interpretación jurisprudencial que de dicho régimen se efectúe en los citados recursos contencioso-administrativos».

La supeditación de la efectividad de la asimilación a la permanencia en el Centro Directivo durante al menos cinco años deriva de lo dispuesto en el artículo 263 de la Ley Hipotecaria, párrafo penúltimo, según el cual: «El Notario, con relación al Cuerpo de Registradores, y el Registrador respecto al de Notarios, se considerarán en la misma situación que los que hayan ingresado en la Dirección por oposición directa», respecto de los cuales el apartado a) del párrafo primero de la misma disposición imponía para la efectividad de la asimilación la condición de haber prestado cinco años de servicios como Letrado en la Dirección General.

Este mismo criterio fue el que ya se mantuvo por la misma Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 5 de febrero de 1986, dictada en un momento ya posterior a la supresión del antiguo Cuerpo Especial Facultativo, la cual se había ya producido en virtud de la

Disposición Adicional 9.^a, apartado 1, número 4, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y respecto de personas ajenas ya a dicho específico Cuerpo, y cuya Resolución constituye el antecedente inmediato (precedente administrativo) de la ahora sometida a estudio de 29 de octubre de 1998.

3. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ACTUAL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS NOTARIOS Y REGISTRADORES ADSCRITOS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

3.1. *La sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) relativa al régimen jurídico de los Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado*

Como se ha indicado en el apartado anterior, la Resolución de 29 de octubre de 1998, al reconocer el derecho de asimilación a los Notarios y Registradores adscritos estableció que ello se entendía sin perjuicio de lo que resolverían los recursos contencioso-administrativos que a su fecha se encontraban interpuestos y pendientes de resolución contra el Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, sobre régimen jurídico de los Notarios y Registradores adscritos y contra las Órdenes del Ministerio de Justicia de 23 de diciembre de 1997 y 19 y 27 de febrero de 1998, dictadas en su ejecución por las que se regulaba y resolvía el concurso de méritos para la provisión de las plazas de Letrados adscritos. Pues bien, todos los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra el citado Real Decreto y contra las órdenes ministeriales indicadas fueron desestimados íntegramente: los interpuestos contra las citadas Órdenes ministeriales mediante sentencias de la Audiencia Nacional de fecha 6 de julio de 1999 y 22 de febrero de 2000; y el interpuesto contra el Real Decreto 1786/1997 mediante sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2000, la cual sanciona y confirma la íntegra validez del citado Real Decreto.

Esta sentencia, además de declarar la plena validez del mencionado Real Decreto 1786/1997, confirma el criterio de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 1998, al señalar literalmente lo siguiente:

- a) *«la situación que deriva de la Ley 13/1996, aunque no sea idéntica, guarda similitud con la que tradicionalmente se dio cuando existió el antiguo Cuerpo Facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ya que una parte de sus plazas también se cubrían por concurso de méritos entre Notarios y Registradores (y todos los ingresados quedaban asimilados a Notarios y Registradores, a los efectos de poder optar a plazas de uno y otro Cuerpo)»;*

- b) a continuación añade que *«lo que aquí importa destacar es que, de existir contradicción normativa, ésta se daría entre la Ley 13/1996 y la Ley 30/1984, que habría de ser resuelta a través de la regla de que la ley posterior deroga a la anterior (art. 2.2 del Código Civil)»*.

De los anteriores pronunciamientos resulta que:

- 1.º El Tribunal Supremo declara directamente como elementos coincidentes entre la situación que deriva de la Ley 13/1996 y la que se dio cuando existió el antiguo Cuerpo Facultativo los dos siguientes: 1.º la provisión de las plazas por concurso de méritos (en el caso de este último el art. 262 de la Ley Hipotecaria establecía que las vacantes se cubrirían «en turno alterno, por oposición libre entre Licenciados en Derecho o por concurso de méritos, en la forma que determine el Reglamento, entre Registradores de la Propiedad y Notarios con más de cinco años de servicios efectivos en sus cargos»; en el caso de las plazas creadas por la Ley 13/1996, el artículo 3 del Real Decreto 1786/1997 dispuso que: «Condiciones de los aspirantes.—Los Notarios y los Registradores deberán llevar más de cinco años de servicios efectivos en su respectivo Cuerpo cuando formalicen la solicitud»); 2.º todos los ingresados quedan asimilados a Notarios y Registradores a los efectos de poder optar a plazas de uno y otro Cuerpo.
- 2.º La existencia no de identidad, pero sí de similitud de situaciones entre la resultante de la Ley 13/1996 y la del antiguo Cuerpo Facultativo. Exponentes de dicha similitud son los dos extremos señalados en el apartado anterior. Pero no son los únicos. La similitud fundamental es la que se deriva de la identidad del Centro o unidad administrativa de encuadramiento (DGRN) y de la naturaleza y contenido de las funciones atribuidas antes a los miembros del Cuerpo Facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado y ahora a los Notarios y Registradores adscritos como Letrados al mismo Centro Directivo, y que vienen detalladas en el artículo 12 del Real Decreto 1786/1997 (colaborar en la elaboración de las propuestas de resolución en los expedientes relativos a recursos gubernativos contra las calificaciones de los Registradores, recursos de estado civil, recursos en materia de auditores y nombramiento de expertos independientes por los Registros Mercantiles, recursos de queja y los demás previstos en la legislación hipotecaria y notarial, así como elaborar, por encargo del titular del Centro Directivo, los anteproyectos de disposiciones de carácter general e informes en

relación con las materias de la competencia de la Dirección General en el ámbito del Derecho privado) (6).

Esta similitud de funciones fue completada por la reforma de la composición del Tribunal de Oposiciones al Cuerpo de Registradores y al Cuerpo de Notarios, al atribuir a los Notarios y Registradores adscritos a la DGRN la función de intervenir formando parte de los mismos, con independencia del Cuerpo al que perteneciesen en origen (cfr. art. 505 del Reglamento Hipotecario, reformado por Real Decreto 1867/1998, y art. 10 del Reglamento Notarial, reformado por Real Decreto 862/2003), de forma paralela a la intervención que en tales Tribunales tenían los miembros del antiguo Cuerpo Facultativo. Similitud importante es también la relativa a la garantía de inamovilidad en el cargo que resulta del régimen de remoción limitada a la concurrencia de «justa causa relativa al cumplimiento de los deberes de su destino en el Centro Directivo» y con audiencia del interesado, establecido ahora por el artículo 11 del Real Decreto 1786/1997 para los Notarios y Registradores adscritos y antes en el artículo 265 de la Ley Hipotecaria, así como la determinación de los méritos a tener en cuenta a efectos de resolver el correspondiente concurso para provisionar las plazas convocadas. En efecto, el artículo 6 del citado Real Decreto 1786/1997, define tales méritos en su artículo 6 del siguiente modo: *«Méritos. En el concurso para la provisión de las plazas de Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado se considerarán como méritos a valorar: la posesión de titulaciones; la publicación de estudios jurídicos relacionados con las materias de la competencia de este Centro Directivo; la prestación de servicios duraderos u ocasionales a la Dirección General; entre los Notarios, la categoría respectiva si ha sido ganada por oposición»*. Obsérvese el claro paralelismo existente entre dicho precepto y el artículo 458 del Reglamento Hipotecario relativo a los méritos que se habían de valorar para cubrir las vacantes del antiguo Cuerpo Facultativo: *«Se apreciarán en dicho concurso especialmente: trabajos de investigación jurídica, méritos académicos, especiales servicios prestados en los Cuerpos dependientes del Ministerio y conocimiento de idiomas»*.

(6) Este precepto fue desarrollado por Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1997 y por Instrucción de la propia Dirección General de 18 de mayo de 1998, en la que se prescribe que «1.º A los diez letrados adscritos les corresponderá la tramitación de los asuntos integrantes de su sección respectiva, elevando ellos directamente al Director General las propuestas de resolución de los expedientes... 6.º Los letrados realizarán las comunicaciones necesarias para la tramitación de los expedientes de su competencia, desde la apertura del mismo hasta la firma por el Director General».

Finalmente la similitud y la idea de continuidad entre una y otra situación se pone igualmente de manifiesto en los criterios de puntuación y valoración de méritos que para la resolución del concurso estableció el artículo 6 del Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre, que además de ser sustancialmente coincidentes con los que resultan del artículo 458 del Reglamento Hipotecario antes visto, establece un criterio de prima especial de puntuación para los Letrados procedentes del antiguo Cuerpo Facultativo: «*Cada uno de estos méritos se valorará hasta un máximo de tres puntos. Asimismo, se otorgarán cinco puntos a los concursantes que hubieren pertenecido al extinguido Cuerpo Especial Facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado*», lo que se explica por la intención clara de restablecer la situación anterior con las solas diferencias que derivan de la propia Ley 13/1996 (servicio activo, régimen de retribución propio sin cargo a los presupuestos públicos y dependencia directa del Director General; sobre la supresión de las oposiciones directas de ingreso a la Dirección General, ha de destacarse que desde la incorporación del sistema de concurso de méritos en la selección de los Letrados del Cuerpo Facultativo en 1945 éste pasó a ser el sistema común, registrándose desde entonces hasta 1982 tan sólo dos incorporaciones por la vía de las oposiciones directas). Esta doble idea de similitud y continuidad ha sido destacada también por Antonio PAU PEDRÓN, ex Director General de los Registros y del Notariado, con los Ministros de Justicia Enrique MÚGICA, Tomás DE LA CUADRA SALCEDO y Juan Alberto BELLOCH, quien en su artículo «La Dirección General de los Registros y del Notariado. Breve historia de un Centro Directivo especial» afirma lo siguiente justificando la especialidad evocada en el título transcrito: «La Dirección General de los Registros y del Notariado nunca ha sido considerada como una más dentro del organigrama administrativo del Ministerio de Justicia. Los motivos de esa peculiaridad estarían, por un lado, en que su doctrina científica expresada en resoluciones es rigurosa, altamente valorada e incluso algo esotérica y arcana para los no iniciados; por otro en la peculiar consideración social que tienen los profesionales de ella dependientes —Notarios y Registradores—; y como tercer elemento de diferencia citarí­a la existencia de ese pequeño y selecto grupo de funcionarios adscritos que harían el papel del célebre y añorado Cuerpo de Letrados de la Dirección» (7). Tales similitudes dan entrada a una identidad de razón que justificaría la aplicación de un criterio de interpretación analógica (lo que

(7) Vid. Revista *Registradores*, núm. 33, mayo-junio de 2006, III época, pág. 11.

se entiende que no se precisa por existir disposición legal específica, como se ha razonado extensamente por la remisión legal del art. 127.2 de la Ley 13/1996 al régimen jurídico del concurso de méritos de la legislación hipotecaria) en materia del derecho de asimilación, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 del Código Civil, conforme al cual: «1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

- 3.º Un criterio de interpretación, básico por lo demás, de normas legales contradictorias, basado en la regla de que la ley posterior deroga a la anterior (art. 2.2 del Código Civil). Este criterio es el que permite resolver cualquier contradicción o incompatibilidad entre el régimen jurídico previsto por la legislación hipotecaria en cuanto al régimen jurídico de los antiguos miembros del Cuerpo Facultativo de la Dirección General y los actuales Notarios y Registradores adscritos a dicho Centro Directivo y que determinan la falta de identidad entre una y otra situación a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2000 (diferencias que se centran básicamente en tres extremos: situación de los últimos de servicio activo en sus Cuerpos de origen, falta de devengo de haberes de los presupuestos públicos por mantenimiento de su régimen retributivo propio y dependencia directa del Director General).

Sobre el valor jurídico del citado fundamento de Derecho de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2000, hay que subrayar que si bien el derecho de asimilación en sí mismo no era el objeto de la *litis*, su existencia y aplicabilidad a los Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado es invocada por el Alto Tribunal como «razón de decisión», fundamento del fallo, motivación de la resolución judicial adoptada, esto es, como *ratio decidendi*. Se trata de un elemento fundamental para basar la decisión del Tribunal de rechazar el reproche que la impugnación dirige al Real Decreto 1786/1996, consistente en que la sumariedad de la Ley 13/1996 creó un vacío que determinó una invasión del citado Real Decreto de materias sujetas al principio de reserva de Ley. El Tribunal rechaza tal pretensión argumentando la existencia de la similitud indicada con la situación que se dio durante la vigencia del Cuerpo Facultativo de la DGRN, a cuyo régimen jurídico da entrada la remisión normativa a la legislación hipotecaria contenida en la Ley 13/1996, lo que cierra el paso al aludido reproche. Obsérvese que la sentencia debatida, además, desde el punto de vista formal, es una sentencia que va directamente a la cuestión, que carece de *excursus* doctrinales, en absoluto farragosa, y muy estructurada, dividida en seis fundamentos de Derecho, alguno de los cuales está, a su vez,

dividido en apartados numerados. En concreto el fundamento transcrito integra el apartado 4 del Fundamento de Derecho Quinto.

Por tanto, cuando la manifestación ahora debatida la hace el Tribunal Supremo en un apartado separado y numerado, difícilmente se puede sostener que se trata de una afirmación meramente incidental o «de pasada», que es lo que caracteriza los *obiter dicta* según una extensa jurisprudencia. Que el derecho de asimilación no fuese en el procedimiento judicial en que recayó la sentencia la cuestión directamente debatida, lo que significa es que tal afirmación no queda cubierta por la eficacia de la cosa juzgada material de la sentencia, y no que no se trate de una verdadera *ratio decidendi*. Además, la manifestación contenida en el párrafo transcrito de la sentencia constituye «una opinión jurídica especialmente cualificada» favorable a la existencia del derecho de asimilación debatido: primero, por proceder de nuestro más Alto Tribunal en materias de legalidad ordinaria y, segundo, por haber formulado dicha afirmación en un procedimiento que por versar sobre el régimen jurídico de los Notarios y Registradores adscritos a la DGRN requiere de un estudio previo del conjunto de las normas que regulan el mismo por parte del Alto Tribunal que hubo de resolver sobre el recurso planteado.

4. LA INTERPRETACIÓN LÓGICA Y FINALISTA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS NOTARIOS Y REGISTRADORES ADSCRITOS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La conclusión de la plena validez y vigencia del artículo 462 del Reglamento Hipotecario y de la aplicación del mismo hecha por la Resolución de la Dirección General de 29 de octubre de 1998, no sólo resulta de la interpretación literal y sistemática de las normas legales que rigen el régimen jurídico de los Notarios y Registradores adscritos (remisión del art. 127.2 de la Ley 13/1996 al régimen jurídico del «concurso de méritos» regulado en la legislación hipotecaria, esto es, art. 263, párrafo penúltimo de la Ley Hipotecaria, y arts. 457 a 463 de su Reglamento), y de los criterios de aplicación analógica de las normas que señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2000, sino que también conduce al mismo resultado la aplicación de los criterios de interpretación teleológica, finalista, hermenéutica y lógica de las normas que gobiernan el citado régimen jurídico (cfr. art. 3.1 del Código Civil). Veámoslo.

4.1. El artículo 127.3 de la Ley 13/1996 establece que: «*Dichas plazas no incrementarán la relación de puestos de trabajo que tenga autorizada el Ministerio de Justicia y quienes la ocupen mantendrán su régimen retributivo propio, regulado por la legislación hipotecaria*». En concordancia y desarro-

llo de tal precepto, el Real Decreto 1786/1997 establece las siguientes previsiones:

- a) la Disposición Adicional Única establece que la dotación a los funcionarios adscritos de los medios materiales y personales necesarios se realizará «sin incremento de costes económicos ni de la relación de puestos de trabajo»;
- b) el artículo 8 dispone lo siguiente: «*Régimen jurídico. Los Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General deberán estar en servicio activo en sus respectivos Cuerpos mientras dure su adscripción, con conservación de sus despachos y sin perjuicio de la sustitución prevista en el artículo siguiente, manteniendo su régimen retributivo propio, regulado por la legislación hipotecaria*»;
- c) el artículo 9, párrafo segundo, prevé que: «*El Registrador adscrito a la Dirección General será sustituido en su Registro por un Registrador interino, nombrado por la Dirección General a propuesta del sustituido y de conformidad con el interino*».

4.2. Por su parte, el régimen jurídico de los Registradores interinos de que habla el artículo 9, párrafo segundo transcrito, se encuentra regulado en el artículo 553 del Reglamento Hipotecario, redactado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, del que resulta lo siguiente:

- a) el desempeño de su función de Registrador interino se retribuye mediante la percepción como regla general, a falta de modificación por Convenio con el Registrador titular, de un porcentaje sobre los ingresos líquidos que corresponderían al titular durante el período de la interinidad;
- b) no puede llevar a efecto alteraciones en el régimen del personal de la oficina, ni de su organización, para lo que es preciso el consentimiento e intervención del titular;
- c) no asume la total responsabilidad de las funciones del Registrador titular al que sustituye, sino sólo respecto de las actuaciones que directamente le incumban, es decir, respecto de las funciones prestadas mediante intervención personal del Registrador, y no respecto de las que son realizadas por el personal auxiliar del Registro sin intervención directa y personal del Registrador, cuya responsabilidad sigue siendo atribuible al Registrador titular. Particular importancia tiene en este capítulo la publicidad formal mediante nota simple informativa, información continuada solicitada por Notarías e información registral a través del sistema del FLOTI (fichero localizador de titularidades inscritas), expedidas sin firma del Registrador, por razón de las responsabilidades derivadas de errores en su emisión (vid., v.gr., art. 354-a-2.^a del Reglamento Hipotecario);

- d) la responsabilidad de la buena marcha global del Registro (cumplimiento de plazos en el despacho de títulos, cumplimiento de las obligaciones de colaboración con organismos e instituciones públicas mediante remisión de informaciones periódicas o específicas —INE, Ayuntamiento, Catastro, Hacienda estatal y autonómica, Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales del Banco de España, etc.—, mantenimiento actualizado de las Bases de Datos, obligaciones de colaboración con el Colegio de Registradores, adecuada instalación de la Oficina, cumplimiento de las obligaciones legales en materia de prevención de riesgos y enfermedades laborales, etc.) es responsabilidad directamente exigible del Registrador titular, dado el carácter indivisible de la misma, en tanto que los designados como Registradores interinos pueden ser varios simultáneamente para que desempeñen la función simultánea o sucesivamente (vid. art. 553, párrafo 2.º, al que remite el último párrafo del mismo del Reglamento Hipotecario).

4.3. La situación de servicio activo y «con conservación de sus despachos» (vid. art. 9 del Real Decreto 1786/1997) de los Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado supone, además de lo anterior, que la universalidad de las relaciones jurídicas en que aquellos participan en su condición de titulares de un Registro concreto, en tanto que unidad organizativa de medios y recursos materiales, humanos, técnicos y organizativos de prestación de determinadas funciones y servicios, en concreto los previstos por la legislación hipotecaria, siguen subsistiendo y vinculando al Registrador adscrito. Ello supone que éste es el responsable de todas las obligaciones que se derivan de las relaciones laborales con su personal auxiliar (contratación del personal necesario, pago de salarios, formación y promoción, prevención de riesgos laborales, facilitación del ejercicio de derechos de representación sindical, etc.), de la adecuada instalación de la oficina registral (alquileres de locales, contratos de suministros, equipos y mantenimiento informático, licencias municipales de actividad, etc.), de las obligaciones fiscales propias de su condición de Registrador en servicio activo (declaraciones trimestrales de IVA, retenciones, pagos fraccionados), de cotización a la Seguridad Social (boletines mensuales, altas y bajas), del cumplimiento de las obligaciones de cotización colegiales, adopción de las necesarias medidas organizativas, etc.

4.4. Pues bien, la exposición anterior va encaminada a comprender cabalmente el régimen jurídico que para los Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado ha establecido la legislación vigente, lo que permite una más plena comprensión de la finalidad y sentido que se ha de atribuir al derecho de asimilación.

En efecto, la consecuencia del mantenimiento del régimen retributivo propio del Registrador adscrito, previsto por la legislación hipotecaria (art. 294 de la Ley Hipotecaria y normas arancelarias dictadas en su desarrollo) se traduce en la ausencia total de devengo de haberes, retribuciones o derechos económicos de ningún tipo por parte de los Notarios y Registradores adscritos con cargo a los presupuestos públicos: las plazas creadas no están dotadas presupuestariamente y no tienen asignada cantidad alguna en concepto de complemento de destino ni ningún otro concepto retributivo. No existe, pues, coste económico público alguno derivado de la creación y desempeño de las plazas creadas por la Ley 13/1996. Pero, por el contrario, sí tienen un coste económico privado a cargo del propio Registrador adscrito nombrado, cuya cuantía, a falta de Convenio con el Registrador interino, es del 20 por 100 de sus ingresos líquidos. Lo que obliga a descartar cualquier interpretación que conduzca a tal resultado por absurda. La existencia del derecho de asimilación permite alcanzar el cumplimiento del requisito de la conmutatividad y reciprocidad prestacional propia de toda relación de prestación de servicios, de cualquier naturaleza jurídica, en el ámbito de la Administración Pública, como la que vincula a los Notarios y Registradores que desempeñan las plazas creadas por la Ley 13/1996 con la Administración a la que se encuentran adscritos a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Finalmente, analizado el asunto desde el prisma del interés público que debe perseguir como principio orientativo de toda su actuación la Administración Pública (cfr. art. 103 de la Constitución) resulta evidente que los intereses públicos vinculados al correcto desempeño de las funciones propias de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las áreas en que colaboran los Notarios y Registradores adscritos, estarán mejor servidos y garantizados en la medida en que la cobertura de las polémicas plazas esté incentivada por la compensación o retribución en especie que supone el derecho de asimilación, de forma que quien acredite méritos para ello se vea atraído por la idea del servicio de tales plazas, como vía de promoción a través de la atribución del citado derecho.

La ausencia de tal derecho, como se ha dicho, resultaría absurda, pues presupondría que es método idóneo para proveer tales plazas el de establecer un mecanismo de selección competitivo de los candidatos más cualificados para tales puestos mediante un auténtico concurso de méritos, siendo así que tales «méritos» se ven retribuidos mediante una «promoción» que consistiría en una quita o disminución de un porcentaje de sus ingresos. Dicho en otros términos, al Registrador adscrito se le aplicaría la citada reducción en sus ingresos no en virtud de ninguna falta que haya de ser sancionada, sino en virtud de sus méritos. En suma, se trataría de un supuesto atípico, en el que el principio constitucional de mérito y capacidad no es que se desatienda en la promoción profesional, sino que paradójicamente el acreditar méritos en

este caso resultaría contraproducente al determinar la asunción de costes económicos y deberes funcionariales sin contraprestación alguna, en contradicción con el mandato del artículo 103 de la Constitución Española.

Por el contrario, el conjunto del régimen jurídico de los Notarios y Registradores adscritos cobra todo su sentido cuando sobre el conjunto de las obligaciones antes descritas se añade la condición de la permanencia en el Centro Directivo durante un plazo mínimo de cinco años y en el capítulo de los derechos de tales funcionarios se inserta el de la asimilación a efectos de poder optar a plazas de uno u otro Cuerpo.

5. INTERPRETACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS NOTARIOS Y REGISTRADORES
ADSCRITOS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO
EN ATENCIÓN A SUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS
Y A LA REALIDAD SOCIAL DEL TIEMPO EN QUE HA DE SER APLICADO

5.1. *Antecedentes históricos*

La legislación hipotecaria, desde sus orígenes, fija como una de las funciones más destacadas de la Dirección General de los Registros la de formar una jurisprudencia ajustada al espíritu de la Ley, complemento necesario del precepto escrito (Exposición de Motivos de la LH de 1869). Por ello, ya desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 (vid. art. 258 de su Reglamento de 21 de junio de 1861) estableció los principios de objetividad e imparcialidad respecto de las plazas de Subdirector y Oficiales de la Dirección General de los Registros y del Notariado, previendo que los mismos no podrían ser separados de sus puestos administrativamente sino mediante expediente y previo dictamen del Consejo de Estado y el doble sistema de provisión de vacantes por concurso de méritos y por oposición (cfr. art. 252). El derecho de asimilación a favor de los funcionarios que hubiesen ingresado en la Dirección General de los Registros y del Notariado se introdujo en el Decreto de 22 de agosto de 1874 y se mantuvo en la reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 y en la del Reglamento Hipotecario de 1945, justificándose tal derecho por su condición de estímulo y compensación por el desempeño de las funciones de los Letrados en el Centro Directivo (vid. Exposición de Motivos). Finalmente fue la reforma introducida por la Ley de 8 de febrero de 1946 la que estableció el régimen jurídico del Cuerpo Facultativo de Letrados de la DGRN contenida en sus artículos 261 a 265, hoy todavía vigentes, como ha quedado expuesto por extenso *supra*.

En esta situación se promulga la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública, cuya Disposición Adicional 9.^a suprime el antiguo Cuerpo Facultativo de Letrados de la DGRN,

pero no deroga los artículos 261 a 265 de la Ley Hipotecaria que se referían a los mismos. Sabido es que esta supresión dio lugar a una etapa de dificultades notables para el desempeño de las funciones propias de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dada la escasez de plazas de Letrados o Abogados del Estado asignadas en la relación de puestos del trabajo del Ministerio de Justicia a dicha Dirección General y la falta de una estricta formación de especialistas de Derecho privado, en general, y de Derecho Hipotecario y Notarial, en particular, de tales funcionarios. Ante tal situación, la Dirección General recurrió, como medida meramente paliativa, a designar a Notarios y Registradores en régimen de comisión de servicios previstas en el artículo 272 de la Ley Hipotecaria, medida, no obstante, manifiestamente insuficiente a fin de cubrir las necesidades funcionales de la Dirección General, dadas las fuertes limitaciones legales impuestas a tales comisiones: sólo caben para atender trabajos de carácter extraordinario, no puede exceder su número de tres Registradores y tres Notarios y su duración máxima no puede exceder de un año, prorrogable sólo por otro plazo igual. A ello se añadía la dedicación a tiempo parcial o meramente ocasional con que se prestaban tales servicios. El resultado práctico de todo ello fue el de la acumulación y retraso en el despacho de los asuntos, principalmente en la resolución de los recursos gubernativos contra la calificación de los Registradores (llegando en el año 1996 a acumularse un retraso de tres años) y la falta de estabilidad en la composición de los Tribunales de oposiciones, lo que supuso falta de certeza en sus criterios y de previsibilidad y rigor en sus actuaciones.

Ante tal situación, los intentos de reconstitución del Cuerpo de Letrados se sucedieron en el tiempo con distintos Gobiernos, hasta que, finalmente, se encuentra la solución en la fórmula de las diez plazas de Notarios y Registradores adscritos a la DGRN creadas por el artículo 127 de la Ley 13/1996, plazas en régimen de adscripción permanente, provisionadas mediante concurso de méritos entre Notarios y Registradores con más de cinco años de servicios, con aplicación del régimen jurídico previsto para en la legislación hipotecaria para los Letrados que acceden a la Dirección General mediante concurso de méritos —lo cual incluye, como ya se ha dicho, el derecho de asimilación— y con mantenimiento del régimen retributivo de arancel, si bien con la reducción de ingresos que supone que la retribución de los Notarios y Registradores interinos que sustituyen en sus despachos a los Letrados adscritos corre íntegramente por cuenta de estos.

Todo lo cual supone que desde 1874 la Dirección General de los Registros y del Notariado hasta la actualidad, con el solo paréntesis temporal que va desde 1984 hasta 1996, ha contado con Letrados cuyo régimen jurídico se ha caracterizado por las siguientes notas: criterios de provisión mediante pruebas selectivas que acreditasen la capacidad e idoneidad de los candidatos (bien mediante oposiciones libres entre Licenciados en Derecho, bien me-

dianete concurso de méritos entre Notarios y Registradores); inamovilidad mediante el establecimiento de causas de separación tasadas, como mecanismo de garantía de objetividad e imparcialidad; fuerte especialización en materias de Derecho privado; régimen de asimilación a fin de poder optar a plazas de uno y otro Cuerpo previo cumplimiento del requisito de permanencia durante al menos cinco años en el Centro Directivo. Este régimen de los Letrados de la DGRN, formasen o no Cuerpo especial —lo cual se produjo en el período 1946 a 1984— sólo se vio interrumpido, como se ha dicho, entre los años 1984 a 1996.

Pero este paréntesis se cerró con la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, cuyo artículo 127 no pretendía otra cosa que restablecer un esquema organizativo interno de la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante la creación de las diez plazas de Notarios y Registradores, lo más parecido posible al modelo vigente hasta 1984, pero eludiendo dos dificultades: *a)* no debía existir coste económico alguno derivado de la creación de tales plazas para los presupuestos públicos, y *b)* las funciones propias de la Dirección General no podían quedar asignadas a un nuevo Cuerpo, sino a las plazas funcionariales creadas, bajo la dependencia directa del titular del Centro Directivo.

5.2. Antecedentes legislativos del artículo 127 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre

Sobre los antecedentes legislativos inmediatos, y siguiendo el resumen de los mismos que hace el Consejo de Estado en su Dictamen de 23 de octubre de 1997, cabe destacar las siguientes conclusiones:

1.º El régimen creado por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, se presenta como una solución alternativa a la existencia del Cuerpo Especial de los Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado; así se deriva de la circunstancia de que *«el dato más característico de esos Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado es el funcional, es decir, la decisión de que las singulares atribuciones de esa Dirección General y la preparación de los instrumentos jurídicos en que se materializan cuentan con la colaboración estable de unos profesionales de reconocida competencia y especialización en las materias afectadas y en la elaboración de las correspondientes Resoluciones»* (págs. 16 y 19); y

2.º La Ley 13/1996 responde a la voluntad de que el nuevo régimen de *estabilidad y seguridad* a los Notarios y Registradores que accedan a las plazas funcionariales creadas en la Dirección General de los Registros y del Notariado, frente al régimen de inestabilidad, temporalidad y falta de suficiente cobertura legal del sistema de las comisiones de servicios. Siendo ello

así, en orden a fijar con la mayor fidelidad posible a la *voluntas legis* el alcance que se haya de dar al artículo 127.2 de la Ley 13/1996, en la cuestión que nos ocupa, resulta claro que otorga mayor garantía de estabilidad y permanencia en la DGRN a los Notarios y Registradores adscritos el reconocimiento del derecho de asimilación sujeto al cumplimiento de la condición de prestar sus servicios en el Centro Directivo durante un mínimo de cinco años, conforme dispone el artículo 263.a) de la Ley Hipotecaria.

6. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y ACTUACIONES OFICIALES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA POSTERIORES A LA RESOLUCIÓN DE 29 DE OCTUBRE DE 1998 Y A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE OCTUBRE DE 2000

6.1. *Actos administrativos posteriores a la Resolución de 29 de octubre de 1998*

La Resolución de 29 de octubre de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ordenaba, como ya se ha expuesto, que *«en el Escalafón de los Cuerpos de Notarios y de Registradores de la Propiedad y Mercantiles que esta Dirección General elabore, los solicitantes que procedan del Cuerpo de Registradores, ocupen en el Escalafón Notarial el número que corresponda, según la antigüedad en la toma de posesión del cargo de Letrado»*. Esta Resolución fue seguida de una serie de actos administrativos y actuaciones materiales y organizativas posteriores que integran una auténtica «conducta administrativa». La secuencia concreta de actos administrativos y actuaciones oficiales posteriores a la Resolución de 29 de octubre de 1998 fueron las siguientes, todas ellas en sentido confirmatorio de la citada Resolución:

6.1.1. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 27 de mayo de 1999, aclaró que el escalafonamiento de los Letrados entre sí debería hacerse según el resultado del Concurso de méritos determinantes de las plazas que fue aprobado por Orden del Ministerio de Justicia de 27 de febrero de 1998, y no por la fecha de toma de posesión que a estos efectos sería igual para todos.

6.1.2. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de enero de 2001, dispuso que: «dado que los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las normas reguladoras del régimen y provisión de las plazas de Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, a los que quedó supeditada la efectividad de la Resolución de 29 de octubre de 1998, han fallado de forma plenamente favorable a aquellas normas, incluida la asimilación, este Centro Direc-

tivo ACUERDA *ordenar que sigan figurando los Notarios y Registradores adscritos en los escalafones de los Cuerpos a los que pertenecen por asimilación*, en los términos resultantes de las vigentes Resoluciones de 29 de octubre de 1998 y 27 de mayo de 1999, debiéndose publicar así en lo sucesivo en los anuarios y demás publicaciones oficiales donde se contengan».

6.1.3. La Resolución del Secretario de Estado del Ministerio de Justicia, de 24 de enero de 2001, por la que se ordena publicar el Escalafón Notarial (BOE de 31 de enero de 2001), ya citada, que fue dictada en ejecución de la Disposición Adicional vigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en cuyo apartado primero, letra E), se estableció que *«el escalafón del Cuerpo Único de Notarios quedará formado por la integración de los actuales escalafones de Notarios y Corredores de Comercio Colegiados, por estricto orden de antigüedad de uno y otro»*.

6.1.4. El artículo 276, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria dispone que: *«En el mes de enero de cada año, la Dirección General formará el escalafón de los Registradores de la Propiedad por orden de antigüedad absoluta, computada a partir de la fecha del nombramiento»*. Por su parte, la misma función encomienda a la Dirección General en cuanto al Escalafón del Cuerpo de Notarios el Reglamento Notarial (arts. 91, 92 y 309) y el Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre (art. 4.2). Pues bien, en cumplimiento de dicha función y en ejecución de lo acordado en las Resoluciones de 29 de octubre de 1998, 27 de mayo de 1999 y 2 de enero de 2001, la Dirección General viene incluyendo en los respectivos escalafones de los Cuerpos de Notarios y de Registradores a los miembros de estos Cuerpos por asimilación, y de cuyo escalafón da publicidad todos los años a través del «Anuario de la DGRN», publicado por el Ministerio de Justicia.

6.1.5. Ya vimos cómo la Resolución de 2 de enero de 2001 ordenaba que siguieran figurando los Notarios y Registradores adscritos en los escalafones de los Cuerpos a los que pertenecen por asimilación, debiendo publicarse así en lo sucesivo en los Anuarios y demás publicaciones oficiales donde se contengan. En aplicación de este acuerdo, la Subdirección General del Notariado y de los Registros de la Propiedad y Mercantiles ofició a los respectivos Colegios profesionales ordenando la inclusión de los nuevos Notarios y Registradores por asimilación en las respectivas guías oficiales.

6.1.6. En cumplimiento de la anterior orden, las respectivas guías oficiales de los Cuerpos de Notarios y Registradores elaboradas por sus citados Colegios profesionales (Administración corporativa) incluyeron a los Notarios y Registradores adscritos que han ingresado en dichos Cuerpos por asimilación.

6.1.7. La propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en coherencia con las anteriores actuaciones y en ejercicio de las competencias

que respecto del régimen y gobierno del Cuerpo de Notarios le atribuye el artículo 2 del Real Decreto 1474/2000, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, procedió a la *formal apertura del expediente personal como Notario* de los Registradores adscritos asimilados, procediendo de igual forma respecto de los Notarios adscritos asimilados a Registradores, con expresa constancia del derecho de asimilación del mismo y de su situación administrativa.

6.1.8. Finalmente, todas estas actuaciones cuentan con el antecedente de la Resolución de la Dirección General, de 5 de febrero de 1986 que, como ya antes se indicó, aplicó los mismos criterios que la Resolución de 29 de octubre de 1998, de la que constituye un claro precedente administrativo.

6.2. *Todos los actos administrativos y actuaciones citados son firmes*

Todos los actos administrativos citados son firmes por no haber sido recurridos, dando lugar, pues, a una situación administrativa consolidada y a la adquisición de derechos subjetivos por parte de los interesados: su respectiva condición de Notario o Registrador por asimilación.

En conclusión, cabe recapitular afirmando que la existencia y legalidad del derecho de asimilación ha sido afirmada reiteradamente por distintos órganos superiores del Ministerio de Justicia (Dirección General de los Registros y del Notariado y Secretaría de Estado), por el Ministerio de Administraciones Públicas, por los respectivos Colegios Profesionales de Notarios y de Registradores de la Propiedad y Mercantiles al elaborar sus respectivas guías colegiales, por el propio Parlamento al determinar en la Disposición vigésima cuarta de su Ley 55/1999, de 29 de diciembre, el concreto y preciso contenido del Escalafón del Cuerpo Único de Notarios, por la doctrina científica más autorizada y, finalmente, ha sido confirmada esta interpretación por el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de octubre de 2000.

6.3. *Confirmación judicial de las situaciones jurídicas derivadas del derecho de asimilación reconocido*

Para finalizar hay que consignar que la Resolución de 19 de enero de 2004, de la Secretaría de Estado de Justicia, recaída en expediente de revisión de oficio, por la que se declara la nulidad de las anteriores Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 1998 y 2 de enero de 2001, y de la propia Secretaría de Estado, de 24 de enero de 2001, por las que, en aplicación del derecho de asimilación, se incluye en los escalafones respectivos a los Notarios y Registradores adscritos, ha sido decla-

rada contraria a Derecho y anulada por la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera) en sus recientes sentencias de 26 de diciembre de 2005 y 24 de marzo de 2006, recaídas en los recursos números 330/2004 y 332/2004), sentencias que restituyen todo su valor a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la propia Secretaría de Estado por las que se declaraba y aplicaba el derecho de asimilación a favor de los Notarios y Registradores adscritos.

Finalmente la aplicación práctica de este derecho ha sido también confirmada por la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección séptima) de 23 de junio de 2006, recaída en el recurso número 2.940/2003, por el que se impugnaba la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 22 de octubre de 2003, por la que se resolvía el concurso para la provisión de Notarías vacantes, convocado por la previa Resolución de 17 de junio de 2003, siendo recurrentes los dos Registradores adscritos asimilados a Notarios que habían tomado parte en el citado concurso, y en la no se adjudicó ninguna vacante a los recurrentes, cuya Resolución, resolviendo el concurso, es anulada por el Tribunal Superior de Justicia fallando que *«debemos declarar y declaramos que la citada Resolución es contraria a Derecho, en el particular relativo a no haberse adjudicado ninguna vacante al ahora recurrente, y reconocemos el derecho del actor a que por la Administración demandada le sea adjudicada la vacante que le corresponda»*.

RESUMEN

LETRADOS DGRN

En este trabajo se realiza un estudio histórico del régimen jurídico del personal facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que no siempre ha sido desempeñado por un cuerpo funcional específico. En la actualidad, las plazas del personal facultativo se cubren por los Notarios y Registradores adscritos, cuyo régimen jurídico legal y reglamentario se analiza en este estudio.

El sistema de acceso, las funciones desempeñadas y la existencia de derecho de asimilación lo acercan, según la jurisprudencia, a los Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La doctrina jurisprudencial

ABSTRACT

ATTORNEYS WITH THE DGRN

This paper conducts a historical study of the system of rules applicable to the professional staff at the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs, who have not always been drawn from a specific corps of functionaries. At present positions on the professional staff are filled by notaries and registrars assigned to that task, and it is the system of legal and regulatory rules pertaining to them that is analysed in this study. The entrance system, the functions involved and the existence of the right to similar standing bring staff positions into close resemblance with the attorneys at the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs, according to juris-

se ha tenido que pronunciar en varias ocasiones, fruto de diversos recursos contencioso-administrativos, de manera siempre favorable, tanto en cuanto su consideración como plazas funcionariales específicas (por tanto no confundibles con los Registradores y Notarios en comisión de servicios), como en relación al derecho de asimilación.

prudence. Jurisprudential doctrine has had to give pronouncements on several occasions, as a result of sundry appeals for judicial review, and has always found in favour of regarding professional staff positions as specific functionary positions (therefore not to be confused with registrars and notaries on secondment), and in connection with the right to similar standing.

(Trabajo recibido el 16-07-2006 y aceptado para su publicación el 18-08-2006)

La publicidad registral a la luz de la normativa sobre protección de datos. En especial, las cuestiones jurídicas que plantea el acceso telemático al contenido de los libros del Registro

por

EMILIO GUICHOT REINA
*Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla*

SUMARIO

1. EL SOMETIMIENTO DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL A LA NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS.
2. LOS PRINCIPIOS DE LA PROTECCIÓN DE DATOS Y SU APLICACIÓN AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
3. LOS DERECHOS DEL AFECTADO Y SU APLICACIÓN A LA PUBLICIDAD REGISTRAL.
4. GARANTÍAS ORGANIZATIVAS E INSTITUCIONALES.
5. EN ESPECIAL, EL ACCESO A LA INFORMACIÓN REGISTRAL POR VÍA TELEMÁTICA.

En este trabajo vamos a analizar las cuestiones que plantea la aplicación de la normativa sobre protección de datos a la publicidad registral. Para ello expondremos las claves del derecho a la protección de datos (1), y las con-

(1) Para un estudio detallado, permítasenos la remisión a nuestra obra *Datos personales y Administraciones Públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2005. Una síntesis en «Derecho a la protección de datos y actividad administrativa», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 2005, núm. 71, págs. 81-120.

clusiones del análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal de la publicidad registral (2). Con todos estos materiales, llegaremos a nuestras propias con-

(2) Sobre el tema, ANGULO RODRÍGUEZ, J. DE; CANALS BRAGE, F. y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, «Publicidad formal de los asientos registrales: doctrina, interés legítimo y protección de datos», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 6, 2004, págs. 133 y sigs.; BALLUGERA GÓMEZ, C., «La información registral. Artículos 332-334 y 355», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs. 249-324; BASTIDA FREJEIRO, F. J. y VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., «Protección de datos y Registros de la Propiedad y Mercantil. La necesidad de una pronta adaptación normativa», en *Diario La Ley*, núm. 6277, 20 de junio de 2005; CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M., «El tratamiento profesional de la publicidad formal», en *Libro homenaje a Rey Portolés*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs. 635-689; CANALS BRAGE, F., *Expedición de publicidad formal (con unas primeras y muy ligeras reflexiones sobre la publicidad telemática establecida por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad*, Comunicación al Congreso Nacional de Registradores, Sevilla, 2006 (sin publicar); CARBONELL SERRANO, V., «La nota simple no es una simple nota, y se expide siempre bajo la responsabilidad del Registrador», en *Lunes* 4,30, 1995, núm. 171, págs. 16-19; DE LA QUADRA SALCEDO, T., «El servicio público registral entre la privacidad y la publicidad», en *Libro homenaje al profesor Martín Mateo*, Marcial Pons, 2000, págs. 1281-1328; DÍAZ FRAILE, J. M., «La publicidad formal de los Registros Inmobiliarios desde la perspectiva del Derecho Comunitario europeo (breve apunte)», en *Boletín del Colegio de Registradores*, 1991, 2329-2335; GIMENO SENDRA, V., «El Registro de la Propiedad y el derecho a la intimidad», en *La Ley*, 11 de junio de 1997, y *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 76, noviembre-diciembre de 1997; «El Registro de la propiedad y el derecho a la intimidad», en *Libro homenaje a López Medel*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, tomo I, págs. 767-789; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La publicidad formal y la legislación de protección de datos de carácter personal tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2000», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, núm. 669, págs. 191-227; GÓMEZ VALLEDOR, J. M. y VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., *La publicidad registral*, Ponencia al Congreso Nacional de Registradores, Sevilla, 2006 (sin publicar); GONZÁLEZ LAGUNA, M., «La forma de expedición de la nota simple», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 42, 1998, págs. 2754-2756; LACRUZ BESCÓS, J. L., «La “nota simple negativa” y la “nota simple histórica”», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 62, 2000, págs. 1526-1528; LLOPIS GINES, J. M., «La publicidad formal del Libro Diario», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 292, septiembre de 1992, págs. 2073-2080; LÓPEZ MEDEL, J., «El derecho a la información registral y el derecho constitucional de información», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2000, núm. 659, págs. 1775-1813; «Organización funcional de los Registros. Informatización/Información», en *Libro homenaje a Rey Portolés*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs. 679-689; MARTÍNEZ SANTIAGO, J. M., «En torno a la publicidad registral inmobiliaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1998, núm. 644, págs. 117-175; PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, P., «La publicidad registral y el derecho a la intimidad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, núm. 610, págs. 1113-1146; VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., «Los datos de la propiedad y la propiedad de los datos», en BASTIDA, F. J. (coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005. Las referencias bibliográficas a dichas obras, a lo largo de este trabajo, se efectúan por el nombre del autor y el número de página (junto con una referencia el inicio del título de la obra si en dicha bibliografía figuran varias obras del mismo autor).

clusiones sobre cada uno de los puntos de conexión entre la normativa registral y el derecho a la protección de datos, para finalizar haciendo, a la luz de estas conclusiones, un análisis particular del mecanismo de acceso directo por vía telemática instaurado por las reformas de la Ley Hipotecaria de 2001 y 2005. No nos limitaremos tan sólo a un análisis de situación, sino que trataremos, además, de avanzar algunas posibles soluciones (3).

1. EL SOMETIMIENTO DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL A LA NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS

Lo primero que ha de constatarse es que el Registro de la Propiedad contiene datos personales que son, por lo general, de carácter patrimonial (titularidad, cargas, descripción del inmueble, etc.), pero que incluyen también datos referidos *strictu sensu* a las personas (filiación del titular registral; domicilio; estado civil; motivos determinantes de ciertas anotaciones preventivas, situaciones de incapacidad reflejadas en el Libro de Incapacitados, etc.) (4), estando ambos géneros de datos bajo el amparo del derecho a la privacidad o a la protección de datos, en la medida en que los primeros están puestos en relación con un titular registral (5). En esta medida, el Registro de la Propiedad se encuentra plenamente integrado en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, LOPD), que, a diferencia de su antecesora, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (en adelante, LORTAD), no excluye los registros públicos de su campo de actuación. Los Registros de la Propiedad son, pues, ficheros públicos sometidos al régimen que, para los mismos, diseña la LOPD que establece los principios arquitecturales del derecho, a la vez que remite la regulación de muchos de sus aspectos a lo que pueda establecer una ley sectorial, que, en este caso, es la Ley Hipotecaria y su normativa de desarrollo, que, en todo caso, deberá respetar la regulación orgánica del derecho. El responsable del fichero es el Registrador de la Propiedad que se halla a cargo de los mismos (art. 274 LH) y que, en el ejercicio de su función pública, «decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento» (art. 3.d LOPD), y que ejerce su

(3) Para una mayor profundización, remitimos al lector a nuestra monografía *Publicidad registral y derecho a la privacidad. Una necesaria conciliación* (en prensa).

(4) A cuáles sean estos datos se refieren V. GIMENO SENDRA, «El Registro de la Propiedad y el derecho a la intimidad», en *Libro homenaje a López Medel*, pág. 768; C. BALLUGERA GÓMEZ, pág. 285; F. J. GÓMEZ GÁLLIGO, págs. 196-197, o J. DE ANGULO RODRÍGUEZ, F. CANALS BRAGE y J. L. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, pág. 149.

(5) Ya que el artículo 3 LOPD los define como «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables».

labor calificadora en materia de publicidad registral, informando y velando por el cumplimiento de las normas aplicables sobre la protección de datos personales (art. 222.6 LH).

2. LOS PRINCIPIOS DE LA PROTECCIÓN DE DATOS Y SU APLICACIÓN AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Los principios de consentimiento, finalidad y adecuación integran el contenido del derecho a la protección de datos, y, por ende, han de tener reflejo en la normativa registral.

El principio de consentimiento no resulta operativo en la publicidad registral, ya que los artículos 6 y 11 LOPD permiten excluir por ley su necesidad, y los artículos 221 y siguientes de la Ley Hipotecaria, y sus correspondientes del Reglamento, abren el Registro a todo el que tenga un interés conocido en averiguar el estado de los bienes y derechos inscritos. O dicho de otro modo, en un sistema voluntario como el español, el que consiente en la inscripción de su derecho para acogerse a la protección registral, consiente «con todas sus consecuencias», incluida la publicidad registral que es precisamente un instrumento de dicha protección, eso sí, siempre que dicha publicidad lo sea en términos constitucionalmente legítimos (para la finalidad de publicidad instrumental perseguida por quien tenga la condición de interesado y tan sólo en la medida estrictamente necesaria para ello) (6).

Una de las cuestiones nucleares, materia de publicidad registral, dotada en la Ley Hipotecaria de una cierta indefinición, consiste en determinar cuál sea la finalidad a la que sirve el mecanismo de publicidad registral, tema que se encuentra indisolublemente conectado con el relativo a cuál sea el «interés legítimo» o «conocido» que habilita para su obtención. De la normativa hi-

(6) Ahora bien, resulta interesante la precisión aportada por F. J. BASTIDA FREIJEDO e I. VILLAVARDE MENÉNDEZ, pág. 1902, que señalan, por referencia no sólo al Registro de la Propiedad sino también al Mercantil, que «no estaría de más que se regulasen los términos en los que los datos personales del cónyuge de quien inscribe, o de los menores no emancipados, los adoptados, incapaces y ausentes ingresan en el Registro. Repárese en que en todos estos casos los datos en cuestión se allegan a los Registros normalmente sin que le conste al registrador el consentimiento (ni siquiera tácito) de aquéllos. Asimismo, debe establecerse una solución legal para el caso de los datos contenidos en documentos administrativos o judiciales que reciben asiento en los Registros (se inscriben anotaciones de embargo pero también de querrela, quiebra, suspensión de pagos, e incapacidad, o por posibles infracciones administrativas, o fiscales, etc.). La LOPD prevé que la cesión de datos a los órganos jurisdiccionales, fiscales y Defensor del Pueblo no requiere de ese consentimiento (arts. 6 y 11) y establece reglas determinadas para la cesión de datos entre Administraciones Públicas (arts. 21 y sigs.); pero nada dice, al margen de las reglas generales sobre cesión de datos, del caso contrario en el que son éstas las que transmiten datos a los Registros».

potecaria (7) y de su interpretación histórica (8), de los posicionamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado (9), de la jurisprudencia (10), y de la doctrina mayoritaria (11), se colige que la finalidad del Registro de la Propiedad se anuda, finalmente, a la aportación de seguridad jurídica sobre el estado de los bienes y derechos inscritos, de tal modo que el interesamiento concurre en todos aquellos sujetos, públicos o privados, que, para el ejercicio de su actividad, pública o privada, necesitan conocerlo en dichas condiciones de seguridad jurídica y a quienes, cuando actúan por cuenta de terceros, se presume el encargo. El elenco es amplio: autoridades y funcionarios para el ejercicio de sus competencias, por una parte, pero también profesionales del Derecho, entidades financieras, detectives, gestores administrativos, agentes de la propiedad inmobiliaria, informadores comerciales, verificadores de fincas. Ello no les exime de expresar la causa de la consulta, sino, tan sólo, implica una declaración general de conformidad de dichas solicitudes con la finalidad de la publicidad registral. Creemos que no es posible constitucionalmente limitar *numerus clausus* y *a priori* todos los posibles intereses que pueden considerarse legítimos, ya que habrá otros casos en que sea el Registrador el que deba ejercer una labor calificadora de ponderación, que puede llegar a ser compleja. Así, destacadamente, pueden estar en juego los derechos de defensa en procedimientos administrativos y judiciales, conectados con el artículo 24 CE (piénsese en un vecino afectado por el mal estado de un inmueble colindante). En general, no sólo desde planteamientos normativos o jurisprudenciales, sino desde la práctica registral misma, se comprueba que el control del interés es notablemente tenue en los casos de solicitudes referidas a inmuebles concretos, esto es, *intuitu rei*, y las cautelas vienen frente a las solicitudes referidas al patrimonio inmobiliario de una persona, esto es, *intuitu personae*. Al respecto, cabe pensar que las mis-

(7) Artículos 221 y 222 LH y 332 RH.

(8) Al respecto, véanse J. M. MARTÍNEZ SANTIAGO, págs. 154-155, y P. PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, págs. 1120-1121.

(9) Véanse, en particular, la Resolución-Circular de 8 de abril de 1983; y las Instrucciones de 12 de junio de 1985, de 5 de febrero de 1987 (interpretada por la STS de 16 de junio de 1990, Ar. 5622), y de 17 de febrero de 1998.

(10) Al respecto, vid. STS de 24 de febrero de 2000, Ar. 2888, y STSJ de Madrid de 30 de abril de 2004.

(11) Véanse, por orden cronológico, P. PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, págs. 1113-1146 (que representa la opción más favorable al concepto más amplio de interesamiento); J. M. MARTÍNEZ SANTIAGO, págs. 155-157; L. M. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, págs. 662-664; C. BALLUGERA GÓMEZ, págs. 266-268 y 287; V. GIMENO SENDRA, «El Registro de la Propiedad y el derecho a la intimidad», en *Libro homenaje a López Medel*, págs. 788-789; T. DE LA QUADRA SALCEDO, págs. 1282 y 1312; J. LÓPEZ MEDEL, págs. 1786-1791 y 1804; F. J. GÓMEZ GÁLLIGO, pág. 192; J. DE ANGULO RODRÍGUEZ, F. CANALS BRAGE y J. L. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, págs. 138 y 142-149, o F. J. BASTIDA FREIJEDO e I. VILLAVARDE MENÉNDEZ, págs. 1901-1903.

mas deban admitirse en todo caso a requerimiento judicial (con apoyo en el art. 590 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o administrativo (con base en la obligación de información del art. 4 de la Ley 30/1992), a los que, como órganos integrantes de un sujeto público, y con previsión expresa en el artículo 221 LH, ha de presumírseles que actúan con fines legítimos en el marco de sus competencias, siempre, en todo caso, que consignen la causa (el procedimiento judicial o administrativo tramitado dentro de sus competencias que requiere la identificación del patrimonio inmobiliario de su sujeto determinado que es parte en el mismo). En el caso de solicitudes por parte de sujetos privados, habrá que estar a la identidad de los mismos y al fin pretendido. Así, por ejemplo, en la dialéctica derecho a la información frente a privacidad, no tendrá la misma consideración la solicitud de conocimiento del patrimonio inmobiliario de una persona determinada realizada por un ciudadano privado para satisfacer su curiosidad, que deberá ser rechazada, y la formulada por un profesional de la información en el curso de una investigación sobre el origen del patrimonio de un personaje público cuando haya indicios de delito, puesto que el Tribunal Constitucional tiende a considerar prevalente, con carácter general, el derecho a la información por parte de los periodistas como garantía de una opinión pública informada, y, por ende, presupuesto del Estado democrático de Derecho, y ello en consonancia con la legislación y la jurisprudencia comparada, hasta el punto de que la propia Directiva sobre protección de datos prevé la posibilidad de establecer excepciones a los principios del tratamiento, que no han sido por lo demás desarrolladas por el legislador español (12). Será en estos casos en los que el Registrador deberá afinar su criterio ponderativo (que incluye, en su caso, como veremos, medidas para garantizar la proporcionalidad de la información facilitada, en especial, omitiendo datos innecesarios referidos a las personas), conforme a las técnicas habituales en dicho género de razonamientos, elaboradas en especial en el juicio constitucional y analizada por la doctrina más autorizada (13), con la posibilidad de revisión judicial posterior en todo caso *ex* artículo 24 CE.

(12) En efecto, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos dispone en su artículo 9, rotulado «Tratamiento de datos personales y libertad de expresión», que en lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán excepciones en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión.

(13) Véanse, entre otros, BARNÉS, J., *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 165-283; «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, págs. 15-49; «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario», en *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, págs. 495-535; CRUZ VILLALÓN, P.,

Las mayores prevenciones recaen frente a las solicitudes de información sobre todas las propiedades de una persona, o a las solicitudes masivas de información registral, sean referidas a una multiplicidad de personas o de inmuebles, porque ambas gozan de una presunción esta vez desfavorable de tener como objetivo obtener información general sobre solvencia patrimonial, lo que se estima, a nuestro juicio con razón, que cae fuera del objeto y finalidad del Registro de la Propiedad y supone una invasión ilegítima y no querida de la privacidad de los titulares registrales, que puede conllevar consecuencias perjudiciales para los afectados y contribuir a la creación de perfiles, máxime cuando dicha información se cruza con otros ficheros para obtener un retrato patrimonial de las personas. Un efecto como éste es ajeno a la finalidad del Registro de la Propiedad y puede ser, como se ha apuntado, disuasorio de la inscripción registral, atentando de este modo, y desde un punto de vista ya no individual sino social, contra el principio de seguridad jurídica al que sirve el Registro. Esta es la razón por la que la Dirección General de los Registros y del Notariado, la jurisprudencia y la doctrina se han mostrado desfavorables a la publicidad en masa y al consiguiente riesgo de creación de registros privados paralelos, con argumentos de peso que hemos analizado. Ciertamente es que el legislador no ha sido terminante. En primer lugar, la reforma de la LH de 1998 —por el juego de las mayorías parlamentarias, y frente a lo que había dispuesto en el Proyecto de ley— optó finalmente por no prohibir con carácter general la publicidad en masa, por lo indeterminado del concepto, defiriendo al Registrador, caso por caso, el juicio sobre la procedencia o no de acceder a estas solicitudes, pero prohibió la incorporación de los datos a bases de datos privadas para su comercialización —que sí se mantuvo desde el Proyecto de Ley—. Posteriormente, el artículo 29 de la LOPD de 1999 dispuso que quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y el crédito pueden tratar datos de carácter personal obtenido *de los registros*, equiparando en este aspecto el régimen de los registros con el de las fuentes accesibles al público, sembrando la duda de si queda incluido el Registro de la Propie-

«Derechos fundamentales y legislación», págs. 233-245; «Nota: los derechos fundamentales», págs. 247-252, ambos recogidos en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999; MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988; MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Ed. McGrawHill, Madrid, 1996; «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, págs. 119-141; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000; VILLAVERDE, I., «Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales», en *La democracia constitucional, Estudios en homenaje al profesor Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados/Tribunal Constitucional/Universidad Complutense/Fundación Ortega y Gasset/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, págs. 317-363.

dad, si bien añadió la coletilla «establecidos al efecto», lo que, a la vista de lo dicho, permite excluir esta interpretación. Y, finalmente, la prohibición de incorporación de los datos obtenidos del Registro a bases de datos privadas para su comercialización fue eliminada en la posterior reforma de la LH de 2001. De este modo, la cuestión ha quedado en un indeseable estado de indefinición, pero, habida cuenta los riesgos antes expresados y el bagaje normativo y jurisprudencial al que hemos aludido, parece que ha de concluirse en la negativa a la posibilidad de creación de registros paralelos, que pudieran lesionar la privacidad de los ciudadanos o retraer de la inscripción. Sobre todo teniendo en cuenta que, mientras que a diferencia de lo que ocurre con los créditos impagados, que, a falta de información por parte del deudor no pueden ser conocidos por futuros contratantes sin la existencia de registros de morosos, en el caso de las propiedades inmobiliarias, con carácter general, es el titular el interesado en acreditar su existencia. En todo caso, sería procedente hacer una mención expresa en cada una de las formas de publicidad registral, acerca de la obligación de utilizar la información obtenida de conformidad con la finalidad consignada, so pena de vulnerar la normativa sobre protección de datos, con las consecuencias, sancionatorias e indemnizatorias, que ello conlleva. Ello no significa que siempre y en todo caso, cualquiera que sea la finalidad pretendida, deban denegarse las solicitudes acerca de todas las fincas de que sea titular una determinada persona, sino que, en estos casos, habrá que afinar el juicio de ponderación del Registrador y comprobar si dicha solicitud entronca con la finalidad de la institución registral, con independencia, en todo caso, claro está, de las posibles vulneraciones del derecho a la protección de datos que pueda posteriormente generar un uso de dicha información desviado de la finalidad declarada por el solicitante y, en la medida de lo razonable, comprobada por el Registrador (14).

El aspecto más importante dentro de la aplicación del principio de adecuación al ámbito registral (presupuesto que la legislación hipotecaria tiene sus propios mecanismos para garantizar la veracidad de los asientos y su cancelación cuando es procedente, en los que no procede entrar aquí, así como sus formas de solicitar la rectificación y cancelación por parte de terceros y sus reglas que determinan los efectos de la discrepancia entre el contenido de los asientos y la información otorgada mediante publicidad, con la correspondien-

(14) Como apunta F. CANALS BRAGE, *Expedición de publicidad formal (con unas primeras y muy ligeras reflexiones sobre la publicidad telemática establecida por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad*: «Desde mi punto de vista y siempre y cuando quede referida a los fines del Registro de la Propiedad, una tal petición no puede considerarse una “investigación patrimonial” prohibida, sino que responde a la verdadera naturaleza de aquél como centro de imputación de responsabilidad. Cosa distinta es que la normativa sobre protección de datos se sustente sobre códigos de conducta de los peticionarios de la información, y que el registrador no pueda ni deba ir más allá en el control de la buena utilización de ésta».

te responsabilidad personal del Registrador), es el que se refiere a la adecuación o proporcionalidad de los datos, en el que se plantea, en particular, la cuestión de si debe darse publicidad a todos los datos que obran en el Registro, sean de la naturaleza que sea, y, en directa conexión, cuál sea la forma de publicidad que posibilite atender en mejor medida este requerimiento de adecuación, y el respectivo papel del solicitante y del Registrador en la decisión acerca de la forma de publicidad, así como la admisión de formas de publicidad mediante exhibición o fotocopia.

Sobre todo ello también se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado (15), la jurisprudencia (16) y la doctrina (17). Nuestra conclusión es que, como hemos señalado, el Registro de la Propiedad contiene datos personales: unos son reales, pero entroncados con una persona, que es la titular del bien o derecho, y otros son personales en el sentido común extrajurídico de la palabra. Ambas categorías caen bajo el manto del derecho a la protección de datos, si bien, mientras que los primeros tienen una «vocación de publicidad», pues son, por así decirlo, el objeto mismo de los asientos, los referidos a las personas lo son de forma «accesoria». Ello no quiere decir que nunca deban ser objeto de publicidad registral, sino que sólo deben serlo cuando es estrictamente necesario para la finalidad legítima pretendida, lo que requiere de la labor profesional de discriminación en cada caso que por competencia y responsabilidad sólo puede desempeñar el Registrador de la Propiedad —bien que susceptible, como todas las actuaciones

(15) Sobre el uso de la fotocopidora y las modalidades de la publicidad registral, véanse la Resolución de 31 de octubre de 1975 y las Instrucciones de 12 de junio de 1985, de 5 de febrero de 1987 y de 17 de febrero de 1998.

(16) Así, STSJ de Valencia, de 22 de enero de 2000; STSJ de Madrid, de 14 de diciembre de 2000; STSJ de Madrid, de 30 de abril de 2004; STS de 24 de febrero de 2004, Ar. 2888; STS de 12 de diciembre de 2000, Ar. 2001/552; STS de 31 de enero de 2001, Ar. 1083; STS de 7 de junio de 2001, Ar. 6236, o STS de 7 de junio de 2001, Ar. 6236.

(17) Así, sobre la publicidad de qué datos ha de entenderse proporcionada a la finalidad registral, véase V. GIMENO SENDRA, «El Registro de la Propiedad y el derecho a la intimidad», en *Libro homenaje a López Medel*, págs. 768 y 782; C. BALLUGERA GÓMEZ, págs. 278 y 282-285; F. J. GÓMEZ GÁLLIGO, págs. 196-197, y J. DE ANGULO RODRÍGUEZ, F. CANALS BRAGE y J. L. GIMENO GÓMEZ LAFUENTE, págs. 145 y 149. Sobre cuáles sean los medios para salvaguardar la proporcionalidad y, con ello, la privacidad en cada una de las modalidades de publicidad registral, véase J. DE ANGULO RODRÍGUEZ, F. CANALS BRAGE y J. L. GIMENO GÓMEZ LAFUENTE, pág. 149, en el caso de la manifestación de los libros, y respecto a la legalidad del uso de la fotocopia, en general, denostado, J. M. MARTÍNEZ SANTIAGO, págs. 160 y 164; L. M. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, pág. 674; C. BALLUGERA GÓMEZ, nota 45, o F. GÓMEZ GÁLLIGO, págs. 218-219. Una opinión discordante al respecto en M. GONZÁLEZ LAGUNA, *in totum*. Sobre las facultades del Registrador a la hora de decidir la modalidad de publicidad otorgada, F. J. GÓMEZ GÁLLIGO, págs. 206 y 218-219, y J. DE ANGULO RODRÍGUEZ, F. CANALS BRAGE y J. L. GIMENO GÓMEZ LAFUENTE, págs. 150-151.

públicas o privadas reguladas por el Derecho, de revisión judicial— (18). En paralelo, podría pensarse que existe un camino por recorrer a la hora de discriminar qué informaciones personales acceden al Registro y cuáles tienen plasmación en los asientos, pues probablemente es demasiada presunción la de que es estrictamente necesaria la constancia en los mismos de toda la información que actualmente accede a ellos (19). Es labor que nos excede, y

(18) F. CANALS BRAGE, en *Expedición de publicidad formal (con unas primeras y muy ligeras reflexiones sobre la publicidad telemática establecida por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad)*, hace un interesante análisis de en qué puede resolverse, en concreto, este requisito de estricta adecuación: «En cuanto al primer aspecto: “la protección de datos”, la LO que la regula, excluye la necesidad de consentimiento del interesado para transmitirlos a tercero siempre que tal transmisión esté autorizada por una Ley. En este sentido, contamos con la Ley Hipotecaria, que establece la publicidad del Registro de la Propiedad para quienes tengan “interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos” (art. 221 LH). La publicidad legal —aquella que opera incontinenti— es, pues, la estrictamente inmobiliaria. Es decir, quedan fuera de la excepción y en ningún caso pueden transmitirse sin consentimiento del interesado todos y cada uno de los datos que no sirvan para determinar la titularidad de los inmuebles y cargas. Están excluidos por lo tanto: datos personales que no formen parte de la titularidad, estado civil, domicilios, circunstancias de la actuación, como representaciones o autorizaciones, valores, precios, formas de pago y otras circunstancias del negocio —siempre que, obviamente, no hayan generado una carga, como hipoteca o condición resolutoria, en cuyo caso cabe la estricta información sobre la carga inmobiliaria existente— etc., etc... En caso de duda respecto de peticiones concretas, el criterio a seguir para facilitar la información es el apuntado: si la misma se refiere directamente a la titularidad o cargas del inmueble. El número del DNI, en cuanto identifica al titular registral, puede y debe transmitirse. En cuanto al «precio» de la transmisión puede informarse sin consentimiento del interesado si el solicitante pretende el ejercicio de un derecho de retracto, pero deberá acreditar previamente el título que le legitima para tal ejercicio. No obstante, también el precio u otras circunstancias negociales podrán transmitirse a quien fue parte del negocio, aunque haya dejado de ser el titular registral —por ejemplo, un vendedor a efectos tributarios—, aunque debe entenderse siempre que el Registro no informa de negocios, sino de fincas. Respecto de los asientos cancelados no deben transmitirse aquéllos que revelen una situación económica del interesado no existente en el momento de la información (por ejemplo, anotación preventiva de embargo cancelada), pero la restricción no debe ser aplicable a circunstancias de índole estrictamente inmobiliaria atendiendo a la finalidad del Registro que ha quedado expresada (por ejemplo, titulares previos de una finca). Sin embargo, hay determinados casos en que por razón del peticionario —más exactamente por razón del derecho que el peticionario representa—, no juega la protección de datos; éstos se pueden reducir a información judicial, tributaria, e incluso periodística (aunque la prevalencia del derecho a la información sobre la protección de datos debe valorarse caso por caso). En cuanto al segundo aspecto, “el derecho a la intimidad”, es decir, aquellos datos calificados de especialmente protegidos, o de sensibles porque afectan a la intimidad de las personas: domicilios, circunstancias personales de incapacidad, consideraciones personales resultantes de testamentos u otros documentos, procedimientos penales, etc..., no pueden transmitirse en la información registral, ni siquiera respecto de solicitantes no afectados por la LO de Protección de Datos, sin valorar cuidadosamente la pertinencia de tal transmisión».

(19) Como parece considerar T. DE LA QUADRA SALCEDO, pág. 1290, para quien ello está «fuera de dudas».

a la que están llamados expertos hipotecaristas. Pero en todo caso, en la configuración actual de nuestro sistema registral resulta clave e irremplazable la labor ponderadora, caso por caso, a la vista de la finalidad pretendida que compete al Registrador.

En la exhibición de los libros es donde concurre una mayor potencialidad lesiva al derecho a la privacidad, dado que en nuestro sistema registral acceden a los libros, como hemos visto, circunstancias de carácter personal. Es por ello que se trata de una forma de publicidad, si bien subsistente en la LH, excepcional, ya que en estos supuestos habrá de acudir a la exhibición por fotocopia previa tachadura de datos personales irrelevantes para la finalidad pretendida, lo que exige una actuación profesional y «a pie de obra» por parte del Registrador, que debería exigirse frente a cualquier interesado, se presume o no el interés, al menos en una aplicación estricta del principio de adecuación derivado del derecho a la protección de datos.

La forma normal de publicidad es la nota simple, que, en su actual regulación, no debe plantear problemas desde la óptica del derecho a la privacidad. Consiste, conforme dispone el artículo 222.5 LH, en un extracto sucinto del contenido de los asientos relativos a la finca objeto de manifestación, donde conste la identificación de la misma, la identidad del titular o titulares de los derechos inscritos sobre la misma, y la extensión, naturaleza y limitaciones de éstos, así como las prohibiciones o restricciones que afecten a los titulares o derechos inscritos, reflejando fielmente, como dispone el artículo 332.5 RH, los datos contenidos en los asientos registrales, sin extenderse más allá de lo que sea necesario para satisfacer el legítimo interés del solicitante y podrá referirse a determinados extremos solicitados por el interesado, si a juicio del Registrador, con independencia de quien sea éste, se justifica suficientemente el interés legítimo, según la finalidad a la que se pretenda destinar la información requerida, excluyendo, como precisa la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de febrero de 1998, los datos personales sin relevancia patrimonial salvo que sean estrictamente indispensables para la finalidad pretendida. De la regulación se deduce que no debería caber su solicitud con criterios personales, sino tan sólo reales, y que no debe otorgarse la publicidad por fotocopia y que, por el contrario, es la información del Registro, con el Índice de Fincas, la que permitirá emitir de forma ágil dicha publicidad, con el complemento de su contenido que pueda ser eventualmente necesario a la vista del interés esgrimido, si así lo pide el solicitante. En este sentido, la regulación de la nota simple supone una estandarización de la labor calificadora del Registrador en materia de publicidad registral.

Cuando se pretenden además hacer valer frente a terceros los asientos del Registro, la publicidad indicada será la certificación y, en todo caso, cuando se quiera obtener información sobre las propiedades de una persona determinada. También en la certificación habrá de llevarse a cabo por el Registrador

un juicio de adecuación, que llevará a excluir datos irrelevantes para la finalidad pretendida, mediante el tachado, en el caso de que se opte por la certificación literal mediante fotocopia, si los datos personales no son relevantes para dicha finalidad.

3. LOS DERECHOS DEL AFECTADO Y SU APLICACIÓN A LA PUBLICIDAD REGISTRAL

La normativa sobre protección de datos enumera una serie de «derechos» instrumentales para garantizar que el interesado pueda controlar en cualquier momento que el tratamiento se lleva a cabo de conformidad con los mismos. Sólo atribuyéndole una serie de derechos a ejercitar frente al responsable del fichero, y que consisten en obtener información sobre quién y para qué posee sus datos, y qué datos en concreto posee, e incluso negarse al tratamiento de datos si existe una razón justificada, puede hacerse efectivo el poder de control sobre los propios datos en que consiste el derecho. Y sólo pudiendo exigir de forma inmediata la rectificación y cancelación de los datos en caso de incumplimiento de los principios de consentimiento, finalidad y adecuación, puede hacerse real el derecho, lo que, por el contrario, difícilmente puede lograrse *a posteriori* a través de los mecanismos clásicos de control judiciales, por su lentitud, difícilmente pueden satisfacer. Asimismo, se reconoce el derecho a indemnización por los daños que puedan derivar de un tratamiento de los datos personales contrario a la legalidad.

La doctrina ha puesto de relieve la innecesariedad de la información en la recogida de datos, dado que el particular que decide inscribir su título en el Registro lo hace con plena conciencia de la existencia y finalidad del tratamiento, el responsable del mismo y los posibles destinatarios de la publicidad registral, extremos todos ellos objeto de regulación legal en la Ley y en el Reglamento hipotecarios. Tampoco es necesaria la notificación al titular registral de las solicitudes de información registral realizadas por terceros y referentes a sus bienes y derechos, ya que en estos casos la publicidad viene impuesta por la Ley Hipotecaria, tal y como, por lo demás, aclaró la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Instrucción de 17 de febrero de 1998 y ha ratificado la propia Agencia de Protección de Datos en respuesta a una consulta al respecto (20). Ahora bien, como ha señalado algún autor (21), la inexistencia de la obligación de comunicar la cesión de

(20) Emitida el 26 de septiembre de 2001 con referencia 15880/2001: «Cesión por publicidad del Registro de la Propiedad». Tomo la referencia de J. DE ANGULO RODRÍGUEZ, F. CANALS BRAGE y J. L. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, pág. 149.

(21) J. DE ANGULO RODRÍGUEZ, F. CANALS BRAGE y J. L. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, pág. 149.

datos no impide que con actitud diligente, en ejercicio de las funciones del Registrador, y singularmente en la de velar por el cumplimiento de la legislación de protección de datos, se comuniquen al titular aquellas solicitudes que el Registrador considere mediante su independiente calificación, cuando, a su juicio, ello pueda resultar conveniente para los intereses del titular registral, en especial, para alertar de un posible uso posterior para una finalidad que le pueda resultar perjudicial (22).

En el ámbito registral es importante arbitrar la posibilidad de restricción del acceso por motivos de seguridad e integridad de personas y bienes que se integran en el derecho de oposición consagrado en la LOPD, ya que el conocimiento de las propiedades de un individuo, y de otras circunstancias personales como la identidad de su cónyuge o su domicilio pueden resultar en algunos casos altamente lesivas. Piénsese en cargos políticos, empresarios, funcionarios de prisiones, víctimas de violencia doméstica, o cualquier persona amenazada. La reforma de la LH en 2001 previó que reglamentariamente se estableciera «[...] el procedimiento para autorizar la restricción del acceso a la información relativa a determinadas personas, comerciantes o fincas, cuando ello venga impuesto por razón de la protección de la seguridad e integridad de las personas o los bienes», previsión que se ha mantenido tras la reforma de 2005. El legislador desaprovechó, pues, ambas oportunidades para establecer por sí mismo las condiciones y el procedimiento para ejercitar este derecho de oposición, y, muy en especial para discernir quién sea el órgano ante el que ejercer ese derecho y los criterios para la ponderación, pero dio cobertura a una futura reforma del RH, por lo que de nuevo sería deseable que ésta abordara esta cuestión que, para determinadas personas, puede resultar trascendental (23).

(22) Un mecanismo así, por lo demás, se preveía en una enmienda presentada por Coalición Canaria a la reforma de la LH de 2005. El texto propuesto era el siguiente: «Los Registradores, si lo estiman conveniente para los intereses del titular sobre el que se solicite información, podrán comunicar al mismo, en el domicilio que conste en el Registro, la identidad de los solicitantes de información sobre los bienes de su pertenencia, salvo que se trate de informaciones registrales solicitadas u ordenadas por la autoridad judicial».

(23) De nuevo conviene notar que, en la tramitación de la reforma de 2005, los grupos parlamentarios ERC, CC y PP sí propusieron en sus enmiendas un mecanismo detallado, que se articulaba previa solicitud judicial del titular registral, con audiencia del Registrador y con regulación del procedimiento y los plazos, que podría servir, cuanto menos, como base para la discusión («La publicidad registral podrá ser restringida por razones de protección de la seguridad e integridad de las personas o bienes con arreglo al siguiente procedimiento: La solicitud de restricción, en la que se señalarán los asientos registrales cuya publicidad deba restringirse, se presentará por el titular registral ante el Juzgado correspondiente al Registro en que existan inscritos derechos a favor del solicitante. El Juzgado competente resolverá si procede dicha restricción de publicidad con audiencia del Registrador. Acordada la restricción de la publicidad, se comunicará al Registrador o Registradores en cuyos Registros se encuentren los asientos indicados en la

El ejercicio del derecho al que la LOPD llama derecho de acceso, referido a la posibilidad del afectado de conocer qué datos suyos contiene un fichero, quién es su responsable, cuál es la finalidad del tratamiento y, en su caso, las posibles cesiones que se hayan producido, tiene como presupuesto el archivo de las solicitudes de información registral, de manera que quede constancia de la identidad del solicitante, la finalidad perseguida y los datos facilitados. En este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha venido insistiendo desde hace años en esta necesidad, imponiendo la constancia de las solicitudes de publicidad formal, de forma que siempre se pueda conocer la persona del solicitante, su domicilio y documento nacional de identidad o número de identificación fiscal durante un período de tres años (24). De todos estos datos ha de quedar constancia cualquiera que sea el solicitante de información, incluidos aquellos cuyo interés se presume. Al respecto, estimamos que, dado que se ha perdido la ocasión de elevar esta obligación a rango de ley en las reformas sucesivas de la LH, debería al menos acogerse en una futura reforma del RH, bastando dicho rango reglamentario al tratarse de una previsión organizativa-instrumental de la obligación de acreditar un interés ya exigida en la LH, y del derecho de acceso acogido en la LOPD. El titular registral tiene derecho de acceder a la información que le afecte, y a conocer la identidad y finalidad de las personas a las que se haya facilitado publicidad continente de dicha información, así como el contenido de la misma. La Dirección General de los Registros y del Notariado en su Instrucción de febrero de 1998 ha hecho alusión tan sólo al derecho a conocer la identidad (a la que ha añadido el domicilio) de las

solicitud, respecto de los que se tomarán las medidas precisas para que los ficheros, archivos y hojas registrales, relativos a los asientos de que se trate, queden excluidos del acceso al público durante el tiempo, prorrogable, y con el alcance que determine la propia Resolución, restringiéndose entre tanto la publicidad formal a la que sea solicitada a instancia del titular registral o por orden de la autoridad judicial. Dos meses antes del vencimiento del plazo de restricción autorizado, el Registrador notificará la fecha de dicho vencimiento al titular interesado, con indicación de la posibilidad de solicitar su prórroga. La concesión de prórrogas se sujetará al mismo procedimiento que la autorización de restricción. El Registrador, a quien se solicite información sobre persona o finca con publicidad restringida, se limitará a denegarla o suspenderla, comunicando la fecha de la Resolución, siendo tal denegación o suspensión recurrible en el plazo y por los trámites establecidos en los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria para el recurso contra la calificación desestimatoria. El Registrador procederá de la forma indicada en el párrafo anterior, con carácter preventivo, desde que tenga conocimiento de la solicitud de restricción hasta que le sea notificada la desestimación de la misma. La restricción de acceso acordada sólo se levantará por transcurso del plazo para el que fue concedida, por orden judicial o por renuncia del interesado. La fe pública, en cuanto pueda perjudicar a tercero, quedará en suspenso respecto a los bienes cuya publicidad quede excluida del acceso al público durante el tiempo que dure la restricción»).

(24) Así, en la Instrucción de 17 de febrero de 1998, que sigue la línea trazada por la Resolución-Circular de 8 de abril de 1983, en la Instrucción de 12 de junio de 1985 y en la Instrucción de 5 de febrero de 1987.

personas físicas o jurídicas que han recabado información respecto a su persona o bienes, pero parece que la información debe extenderse a todos los aspectos establecidos por la LOPD de los que debe quedar constancia en los Archivos del Registro, incluida la finalidad de la consulta, también en los casos en que el interés se presume. Como ha apuntado algún autor (25), sería deseable el establecimiento de la obligación registral de que el mismo sea realizado informáticamente, y trasvasados los datos a los ficheros centrales localizadores, para que la consulta de las solicitudes por los titulares pueda articularse de una manera fácil y directa. También deberían realizarse advertencias explícitas, claras y resaltadas, en todas las informaciones registrales emitidas, del hecho de ser archivada la solicitud, y de que la misma quedara a disposición del titular durante un plazo de tres años. De igual modo, debería permitirse a todo titular conocer las solicitudes que respecto de sus bienes se vayan realizando mediante notificación de las mismas a la dirección que al efecto haya indicado en una instancia previamente presentada y por un plazo definido. Informáticamente deberían arbitrarse los medios que posibiliten, a través de los ficheros centrales localizadores, idéntico objetivo. Al respecto, debe señalarse que ha de lamentarse, una vez más, que los legisladores de 2001 y 2005 hayan perdido una oportunidad para regular este derecho (26).

(25) J. DE ANGULO RODRÍGUEZ, F. CANALS BRAGE y J. L. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, pág. 150.

(26) Podría servir como fuente de inspiración para una futura reforma la elaborada enmienda presentada por Coalición Canaria en la tramitación de la reforma legal de 2005, que, desarrollando los principios apuntados en las Instrucciones y en cumplimiento de la LOPD, preveía las condiciones de ejercicio de este derecho, apuntaba la posibilidad de una solicitud general prospectiva, por períodos no superiores a un año, y excepcionaba de las mismas las informaciones requeridas por vía judicial (para no frustrar averiguaciones en el curso de procesos abiertos, ha de entenderse) e, incluso, y como relacionamos al hablar del derecho a la información, *motu proprio* por parte del Registrador cuando lo estime conveniente para la salvaguarda del derecho a la protección de datos. El texto era el siguiente: «1. Cualquier titular registral podrá solicitar del Registrador que le notifique la relación de las personas que, en un período máximo de los tres últimos años, hayan solicitado información registral de los derechos que el titular tenga inscritos a su nombre. La relación que se le suministrará contendrá el nombre, apellidos y domicilio de los solicitantes, la indicación de haber pedido la información en su propio nombre o por encargo de otra persona, indicando en tal caso la identificación de ésta, el interés legítimo alegado, la fecha de la solicitud, y la extensión y clase de la información que le fue suministrada. 2. Del mismo modo, cualquier titular registral podrá solicitar que se le notifique cada solicitud de información registral que se expida referida a sus fincas y derechos. Tal solicitud expresará el domicilio o dirección de correo electrónico a efectos de notificaciones, y el plazo por el que se realiza, que no podrá extenderse a períodos superiores a un año. Las notificaciones que el Registrador efectúe tendrán el contenido a que se refiere el apartado anterior, y se llevarán a efecto en el siguiente día hábil al despacho de las solicitudes que hayan de ser notificadas. 3. No se comprenderán en las relaciones de solicitudes a que se refiere el apartado 1, ni en las notificaciones de solicitudes a que se refiere el apartado 2, las informaciones registrales solicitadas u ordenadas por la autoridad judicial. 4. Los Registradores, si lo estiman conveniente para los intereses

En cuanto a los derechos de rectificación y cancelación conectan con la regulación hipotecaria de la rectificación (arts. 40 y 211 a 220 LH) y la cancelación, habiendo de aplicarse estas normas en tanto que la legislación especial.

Dos cuestiones de articulación entre la LOPD y la LH quedan por resolver.

La primera se refiere a la obligatoria gratuidad, impuesta por la LOPD, del ejercicio del derecho de acceso por el afectado, que podrá tener lugar «por mera consulta de los datos por medio de su visualización, o la indicación de los datos que son objeto de tratamiento mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no, en forma legible o inteligible, sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos». El precepto parece imponer, en efecto, la gratuidad de esta información, lo que supondría la imposibilidad de cobrar honorarios en este particular supuesto, que desde luego excluye la certificación, pero que podría incluir la exhibición o la nota simple unida a la información sobre solicitudes de información a las que se haya dado curso.

La segunda se refiere a cuál es el encaje dentro del sistema registral del derecho del interesado al que se deniegue total o parcialmente el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación o cancelación a ponerlo en conocimiento de la Agencia Española de Protección de Datos, que deberá pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la denegación en un plazo máximo de seis meses, dando lugar así a una resolución, y procediendo en caso de disconformidad por alguno de los interesados a la interposición de recurso contencioso-administrativo. ¿Cómo encajar este mecanismo en el específico sistema de recursos en materia registral? La respuesta no es fácil, y requeriría, nos parece, una aclaración legal o, en su ausencia, la firma de un protocolo de colaboración entre la Agencia Española de Protección de Datos y el Colegio de Registradores.

Finalmente, como es sabido, los Registradores de la Propiedad tienen un sistema de responsabilidad patrimonial específico, regulado en los artículos 296 a 312 LH. A nuestro juicio, rige esta responsabilidad personal con base al principio de especialidad (27).

4. GARANTÍAS ORGANIZATIVAS E INSTITUCIONALES

El Registro de la Propiedad ha de adaptarse a las medidas de seguridad impuestas por el artículo 9 LOPD y por su normativa de desarrollo, actual-

del titular sobre el que se solicite información, podrán comunicar al mismo, en el domicilio que conste en el Registro, la identidad de los solicitantes de información sobre los bienes de su pertenencia, salvo que se trate de informaciones registrales solicitadas u ordenadas por la autoridad judicial».

(27) En el mismo sentido, F. J. GÓMEZ GÁLLIGO, pág. 200.

mente y sólo para los ficheros automatizados, el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio. Tradicionalmente, la forma de llevanza de los libros del Registro era el papel, si bien se ha ido desarrollando en paralelo una progresiva informatización. Ello obliga a aplicar a todos los ficheros registrales automatizados las medidas de seguridad hoy previstas en el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, o las que en el futuro reglamento de desarrollo de la LOPD puedan establecerse. Al respecto, dichos ficheros contienen algunos datos (así, infracciones penales) que obligan a aplicar el nivel medio de protección y, teniendo en cuenta la importancia real de los datos contenidos y que se trata de unas exigencias mínimas, sería conveniente ir al nivel máximo de seguridad disponible con la tecnología actualmente existente. Asimismo, el Registrador y el personal a su servicio queda afecto al deber de secreto establecido en la LOPD. A falta de desarrollo reglamentario, los archivos en papel quedan vinculados por la obligación general de garantizar su seguridad derivada del artículo 9 LOPD.

La disquisición fundamental que se plantea en materia sancionadora consiste en determinar si los Registros siguen, a los efectos de la potestad sancionadora, el régimen general, aplicable a los ficheros privados, con la posibilidad de imponer sanciones a los Registradores por parte de la Agencia de Protección de Datos, lo que supondría que esa misma conducta no se podría sancionar a la vez conforme a la LH si concurría la triple identidad que justifica el *non bis in idem*; o bien han de considerarse «ficheros de las Administraciones Públicas», con la consiguiente imposibilidad de sancionar económicamente al infractor, lo que remitiría, en su caso, a la exclusiva posibilidad de responsabilidad disciplinaria y a que las infracciones hubieran de ser calificadas conforme a la LOPD, pero sancionadas de acuerdo con la legislación hipotecaria (arts. 313 y sigs. LH). La cuestión es discutible, dado que el peculiar régimen retributivo y de responsabilidad patrimonial al que están sometidos parece que los equipara a estos efectos a los sujetos privados, máxime cuando en materia sancionadora la LOPD se refiere a «ficheros de las Administraciones Públicas» y no «ficheros públicos». Por tanto, creemos que son defendibles ambas posiciones, y que la solución deberá venir también en este ámbito de una coordinación entre la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Colegio de Registradores y la Agencia de Protección Datos.

En el caso de los ficheros públicos, el procedimiento de aprobación de la disposición de creación del fichero, y de notificación e inscripción en el Registro se encuentra diseñado en la LOPD, en el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, y en el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos. El fichero debe crearse por una norma, que ha de ser objeto de publicación oficial, y que deberá recoger: *a)* La finalidad del fichero y los usos previstos para el mismo; *b)* Las personas o colectivos sobre los que se pretenda obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suminis-

trarlos; *c*) El procedimiento de recogida de los datos de carácter personal; *d*) La estructura básica del fichero y la descripción de los tipos de datos de carácter personal incluidos en el mismo; *e*) Las cesiones de datos de carácter personal y, en su caso, las transferencias de datos que se prevean a países terceros; *f*) Los órganos de las Administraciones responsables del fichero; *g*) Los servicios o unidades ante los que pudiesen ejercitarse los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; *h*) Las medidas de seguridad con indicación del nivel básico, medio o alto exigible (28).

Siguiendo a J. DE ANGULO RODRÍGUEZ, F. CANALS BRAGE y J. L. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, puede convenirse que todas las menciones que acabamos de enumerar se encuentran establecidas en la normativa registral. La mencionada con la letra *a*) en los artículos 1 LH y 607 CC; *b*) en los artículos 2 y 6 LH y 51.9 RH; *c*) en los artículos 3 y 4 y en el Título IX LH; *d*) en los artículos 9 LH y 51 RH; *e*) en los artículos 221 LH y 34.j) LOPD; *f*) en los artículos 274 y 259 LH; *g*) que resultan de las diversas normas que regulan el ejercicio modalizado de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los distintos Registros, sin perjuicio de la existencia del Servicio de Atención a Consumidores y Usuarios gestionado por el Colegio de Registradores por mandato de sus Estatutos, y ante el que pueden ejercitarse de forma centralizada los derechos aludidos; y *h*) en el artículo 107.2 de la Ley 24/2001, que lo remite a reglamento, si bien respecto a este último hay que señalar que parece más bien localizarse en el párrafo tercero, que se refiere genéricamente a los sistemas telemáticos de Notarios y Registradores para la emisión y remisión de información, disponiendo que sea la Dirección General de los Registros y del Notariado, a través de Instrucciones, la que establezca las características de dichos sistemas, con tecnologías periódicamente actualizadas, de conformidad con la legislación notarial e hipotecaria, respectivamente, garantizando la ruptura del nexo de comunicación, de forma que se impida el televaciado y la manipulación del núcleo central de sus respectivos sistemas de almacenamiento de la información. A juicio de estos autores, los ficheros que permiten el establecimiento de sistemas de información por vía telemática mediante el tratamiento de los datos por los servicios centrales del Colegio, que actúa como encargado del tratamiento por cuenta de los distintos Registradores, son ficheros que son subconjuntos lógicos de los ficheros físicos de los distintos Registros, en los que se contienen índices que permiten la localización rápida del conjunto completo de datos, conocidos como ficheros BCIR-FLOTI, FLEI y FLOBIM, y encuentran su justificación legal en los artículos 398-c.2 RH (29).

(28) Conforme a lo dispuesto en el artículo 20.2 LOPD.

(29) Pág. 141.

Una consulta al Registro general de protección de datos permite constatar que los diferentes libros y ficheros registrales no se encuentran inscritos. Como dijimos, la obligación para los manuales no será efectiva hasta 2007, pero esto no ocurre con los automatizados, así, por ejemplo, los Índices Generales, ya existentes, y, hoy, todos los libros, de acuerdo con el mandato del actual artículo 238 LH. Por ello, sería conveniente (y obligado) una labor de coordinación entre la Agencia Española de Protección de Datos y el Colegio de Registradores a los efectos de su inscripción, homogeneizando para todos ellos las menciones aludidas, lo que obligaría además a una labor de encaje de la normativa registral y la LOPD como la que estamos llevando a cabo en este trabajo.

Habida cuenta que los Registros de la Propiedad dependen del Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 274 LH), se trata de ficheros estatales y, por tanto, excluidos de las competencias de las Agencias autonómicas y sometidos exclusivamente a la competencia de la Agencia Estatal. Hace años que la Agencia no es ajena al cumplimiento de la normativa sobre protección de datos en el marco del sistema hipotecario, habiendo informado proyectos de modificación de la normativa hipotecaria, respondiendo a consultas por parte de las autoridades registrales y suscrito dos Protocolos de colaboración con el Colegio de Registradores, de 3 de noviembre de 1994, y de 20 de diciembre de 2002, para cooperar en la adecuación del funcionamiento registral a la normativa sobre protección de datos. En definitiva, parece claro que las relaciones entre la Agencia y la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Colegio de Registradores han de ser de colaboración y auxilio, como es obligado por lo demás en cuanto de Administraciones Públicas se trata, en virtud de la LOPD y de la Ley 30/1992. La primera podrá aportar su conocimiento general en materia de protección de datos, mientras que será fundamental el conocimiento de la segunda de las especialidades de la dinámica registral a la hora de perfilar criterios y articular mecanismos concretos que posibiliten la vigencia de los principios, derechos y garantías de la protección de datos en dicho ámbito, haciendo uso posterior de su competencia normativa y directiva a través de Resoluciones, Circulares e Instrucciones como por lo demás lleva haciendo desde hace ya años en esta materia.

5. EN ESPECIAL, EL ACCESO A LA INFORMACIÓN REGISTRAL POR VÍA TELEMÁTICA

En el epígrafe dedicado a analizar los conceptos claves del derecho a la protección de datos y su aplicación al sistema registral, notamos que, dentro del concepto de tratamiento se incluía cualquier operación, incluyendo «las

cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias».

Se trata ahora de reflexionar qué consideración han de tener, desde la óptica del derecho a la protección de datos, las previsiones normativas que posibilitan el acceso a bases de datos personales a un sujeto distinto del responsable y que no se encuentra bajo su dependencia, sin la intermediación de dicho responsable.

A nuestro juicio, y por de pronto, debe descartarse que en estos casos pueda reputarse a los terceros que acceden a dicha información como usuarios. Como ya apuntamos en su momento, la LOPD parece partir del concepto de usuario como personal dependiente del responsable del fichero, que realiza el tratamiento por cuenta de éste y dentro de su organización. Es el caso de las operaciones materiales llevadas a cabo por los empleados de cada Registro. El acceso de éstos a los datos personales obrantes en los asientos no tiene, pues, la consideración de comunicación o cesión. Por el contrario, los sujetos ajenos al ámbito de dependencia del Registrador, que solicitan publicidad registral, por el medio que fuere, tienen la consideración de terceros. Dichos terceros recaban dichos datos para el cumplimiento de una finalidad propia (que, en todo caso, no debe ser incompatible con la que motivó la recogida), de tal modo que su condición y el régimen jurídico al que se sometan no puede depender del medio o instrumento del que se sirvan para dicha comunicación (oral, en papel, en soporte informativo, por conexión directa con una base de datos).

Creemos que ha de partirse, pues, de la base de que en estos supuestos nos hallamos ante una auténtica comunicación de datos personales a terceros. A nadie se le escapa que se trata de una modalidad de publicidad que presenta una importante problemática desde el punto de vista del derecho a la protección de datos, en la medida en que, como veremos a continuación, dificulta, en unos casos, o impide, en otros, el ejercicio por el responsable de su obligación de garantizar el respeto de los principios que integran el contenido del derecho a la protección de datos, pero que no puede implicar que, por el mero cambio en la técnica de publicidad, los terceros se conviertan en usuarios a los efectos de la normativa sobre protección de datos, en la medida en que no se hallan en la esfera de dirección del Registrador y acceden a la información para el desempeño de sus competencias o funciones propias.

La escasa y cualificada doctrina que se ha ocupado de la cuestión ha puesto de relieve la potencial contradicción entre la eficacia que proporciona el intercambio telemático de información y el derecho a la protección de datos personales. Parte de la distinción entre acceso automatizado e interconexión, de una parte, y comunicación, de otra, ya que, mientras esta última presupone la mediación de una actividad por parte de la Administración que tiene los datos en su poder originariamente y que, previa ponderación de las razones que jus-

tifican dicha operación, los pone en conocimiento de otra institución pública, en el acceso automatizado y en la interconexión es esta última quien accede directamente a los datos en poder de otra entidad. «En consecuencia, a diferencia de la comunicación, desaparece la supervisión que realiza caso por caso la Administración cedente en cuanto a la procedencia de transmitir los datos a la cesionaria, por lo que sería preciso establecer sistemas de control *ex ante* para la interconexión y el acceso automatizado que garanticen el respeto a los principios relativos a la calidad de los datos» (30), reflexión que profundiza en la línea trazada por el Documento de trabajo sobre la Administración en línea, de 8 de mayo de 2003, del Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE (31).

El problema radica en que este tipo de interconexión suponen un riesgo de «descontrol» de la efectividad del derecho, en la medida en que los principios y facultades que lo integran pueden llegar a desvanecerse. Todo el sistema de la LOPD, que hemos venido analizando, parte y presupone que es el responsable del fichero el que garantiza la vigencia de los principios de finalidad y de adecuación; el que posibilita el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación y cancelación; el que responde de las medidas de seguridad y secreto, y el que responde ante el afectado (derecho a indemnización) y ante la Agencia de Protección de Datos (régimen sancionador) por los incumplimientos. En definitiva, es el responsable del fichero el que «decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento». Ahora bien, si se les priva de estas facultades de decisión y control, todo el sistema de garantías, establecido por una Ley Orgánica en desarrollo de un derecho fundamental, y, por tanto, constitucionalmente resistente frente a agresiones legales, cede.

Esto explica las prevenciones legales y doctrinales respecto a las interconexiones de bases de datos frente a las que caben, a nuestro juicio, dos posibles posiciones: o bien se consideran abiertamente inconstitucionales, por atentatorias al derecho fundamental a la protección de datos, desarrollado por la LOPD; o bien se establecen todas las garantías necesarias que posibiliten la vigencia de los principios y facultades que integran el derecho en los accesos telemáticos, siempre que ello sea posible por la naturaleza y contenido de los ficheros y la cualidad de los terceros. Al respecto, hay que recordar que, como sostuvo el Tribunal Constitucional en su sentencia 292/2000, al analizar la constitu-

(30) VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., «La protección de los datos personales y las Administraciones Públicas en la Unión Europea. Especial referencia a la Administración electrónica», en M. V. PÉREZ ASINARI y P. PALAZZI (ed.), *Desafíos del derecho a la intimidad y a la protección de datos personales en los albores del siglo XXI. Perspectivas del Derecho latinoamericano, europeo y norteamericano*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006 (en prensa).

(31) Este Grupo de trabajo es un organismo de la UE, con carácter consultivo e independiente, para la protección de datos y el derecho a la intimidad. Sitio web: www.europa.eu.int/comm/privacy).

cionalidad de determinados preceptos de la LOPD, el principio de eficacia administrativa no constituye un fundamento constitucional bastante *per se* para limitar una de las facultades integrantes del derecho fundamental a la protección de datos, de lo que cabe deducir que menos aún lo será si el resultado es, precisamente, la disolución del poder de control sobre los datos propios en que consiste la entraña o contenido esencial del derecho.

Legalmente, y hasta donde conocemos, la principal previsión legal de este tipo de mecanismos se encontraba, hasta la reforma de la legislación hipotecaria de 2005, en la aún reciente modificación de la normativa del padrón. En efecto, la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, introdujo una Disposición Adicional quinta en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que prevé que los órganos administrativos competentes en materia de extranjería tengan «acceso directo» a los ficheros de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística, este último en lo relativo al Padrón Municipal de Habitantes en los que obren datos que hayan de constar en los expedientes que tramitan, sin necesidad de consentimiento del interesado, y asimismo, a estos efectos, se introdujo también en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, una Disposición Adicional séptima, bajo el rótulo «acceso a los datos del padrón», que permite el acceso de la Dirección General de la Policía a los datos de extranjeros que figuren en el padrón, «preferentemente por vía telemática», con medidas de seguridad que permitan la constancia de cada acceso, la identificación de usuario, fecha y hora en que se realizó, así como de los datos consultados, para garantizar el derecho a la protección de datos (32).

Estas previsiones fueron muy polémicas en la tramitación parlamentaria (33).

(32) «Para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, sobre control y permanencia de extranjeros en España, la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los Padrones Municipales, preferentemente por vía telemática. A fin de asegurar el estricto cumplimiento de la legislación de protección de datos de carácter personal, los accesos se realizarán con las máximas medidas de seguridad. A estos efectos, quedará constancia en la Dirección General de la Policía de cada acceso, la identificación de usuario, fecha y hora en que se realizó, así como de los datos consultados. Con el fin de mantener actualizados los datos de inscripción padronal de extranjeros en los padrones municipales, la Dirección General de la Policía comunicará mensualmente al Instituto Nacional de Estadística, para el ejercicio de sus competencias, los datos de los extranjeros anotados en el Registro Central de Extranjeros. Se habilita a los Ministros de Economía y del Interior para dictar las disposiciones que regulen las comunicaciones de los datos de los extranjeros anotados en el Registro Central de Extranjeros por medios electrónicos, informáticos o telemáticos al Instituto Nacional de Estadística».

(33) La previsión de acceso de la Dirección General de la Policía a los datos de inscripción del padrón de los extranjeros, «preferentemente por vía telemática», para el

El mecanismo es muy cuestionable, aparte de por permitir el acceso directo telemático, por hacerlo para finalidades incompatibles de las que motivan la recogida, pues se considera, a nuestro juicio, razonablemente, que existe una contradicción entre fomentar la inscripción padronal como modo de integración social y de acceso a servicios públicos, y utilizar esa información con fines de control policial y, en su caso, de expulsión (34). Ello explica que haya dado origen al planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad (35).

ejercicio de sus competencias sobre control y permanencia de los extranjeros fue objeto de enmiendas por diputados del Grupo Mixto, del PNV y de IU, así como del PSOE, si bien este último aceptó una enmienda transaccional que autoriza el acceso de la policía al padrón municipal, pero con garantías no previstas en el proyecto original, relativas a las máximas medidas de seguridad, la constancia de los accesos, la identificación de usuario, fecha y hora del acceso y datos consultados a las que hemos hecho referencia.

(34) Entre las reacciones suscitadas, véase en sentido crítico el dictamen del Consejo General de la Abogacía Española, elaborado por la Subcomisión de Extranjería, oídos prestigiosos profesores de Universidad de diferentes áreas de conocimiento jurídico, que analizó la posible inconstitucionalidad de diversos preceptos de la reforma, entre ellos, los dos a los que acabamos de referirnos.

(35) Recurso de inconstitucionalidad núm. 1024-2004, promovido por el Parlamento Vasco contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que reforma la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Extranjería. La Agencia Española de Protección de Datos elaboró un informe específico sobre esta previsión normativa, el número 211/2004, que nos es de especial interés en lo que pueda arrojar luces para interpretar las últimas reformas en materia registral, ya que se pronuncia sobre tres aspectos de alcance general que trascienden a la normativa del padrón. En primer lugar, señala que la existencia o no de una referencia expresa al necesario respeto a la normativa sobre protección de datos (en el caso del padrón, anteriormente contenida en el art. 16.3 de la Ley de Bases del Régimen Local y suprimida en la reforma) no quita ni pone nada a la aplicación de la misma a todo tratamiento de datos que no esté expresamente excluido del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (exclusión que no concurre en el caso del padrón). A la vista de lo anterior, es de aplicación el régimen de comunicación de datos del artículo 11 de dicha Ley, entre los cuales se dispone la licitud de la cesión cuando la misma se encuentre habilitada por una norma con rango de Ley (tal y como sucede en el supuesto previsto en la reforma del padrón anteriormente expuesta). Por último, la referencia al «acceso directo» en sí misma considerada, no presupone necesariamente una conexión sin intermediación. Así lo entendió la Agencia al dar un sentido diferente a la Disposición Adicional quinta de la Ley de Extranjería (que habla de «acceso directo») y a la Disposición Adicional séptima de la Ley de Bases de Régimen Local (que habla del acceso preferentemente por vía telemática y diseña un procedimiento de seguridad adicional al previsto en el Reglamento de Medidas de Seguridad, aprobado por Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, en que queda constancia de cada acceso, la identificación del usuario, fecha y hora en que se realizó, así como de los datos consultados). El primero no presupone la conexión directa con la base de datos y el segundo sí, ya que presupone que no será preciso, en principio, el establecimiento de un sistema de validación previo al acceso, salvo en lo que hace a permitir sólo el acceso a los datos de los extranjeros (esto es, sólo a los incluidos dentro de ese campo), sin un previo análisis de la solicitud, quedando el control limitado a una comprobación *ex post*, y siendo estas medidas de seguridad complementarias o adicionales de las que competan en función de la reglamentación general sobre seguridad en el tratamiento de datos, entre ellas, en su

Como es sabido, la informatización de los Registros de la Propiedad comenzó con la creación del Índice General Informatizado de personas y de fincas de cada Registrador y con el posterior establecimiento del Índice General Informatizado de las fincas y derechos inscritos en todo el territorio nacional y de sus titulares, llevado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, confeccionado a partir de los datos remitidos periódicamente por los Registradores (36). Además, se previó la informatización del Diario de todos los Registros de la Propiedad de España (37). Todo ello fue costeado por los Registradores y por el Colegio de Registradores, como gastos necesarios para el funcionamiento y conservación de los Registros en los términos del artículo 294 de la Ley Hipotecaria. Se previó que cualquier Registrador pudiera acudir a dichos Índices cuando recibía una solicitud de información que no figurara en su Registro, si bien siempre con control por parte del Registrador de la existencia de un interés en el peticionario y de la adecuación al mismo de los datos facilitados y con constancia de la identidad del solicitante y la finalidad de dicha consulta. No obstante, la propia Dirección General de los Registros y del Notariado admitió que el Servicio de Índices del Colegio de Registradores podía también facilitar la información instrumental a Entes Públicos en virtud del principio de colaboración con las Administraciones Públicas, a través de los Servicios Centrales o de terminales en las Presidencias Territoriales, previendo incluso convenios con las Admi-

caso y en función del tipo de datos, el registro de accesos. En todo caso, nótese ya que existen elementos diferenciales con la normativa registral, ya que la posibilidad de acceso telemático se produce sólo por parte de un órgano administrativo concreto (la Dirección General de la Policía); y sólo a determinados datos que el propio sistema informático depura; y para una finalidad determinada y pública.

(36) Véanse la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 31 de agosto de 1987, que reguló los datos que contiene el índice general informatizado de personas y de fincas, previendo su permanente actualización; el Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo, que modificó parcialmente el Reglamento Hipotecario, y pretendió generalizar la informatización de todos los Registros de la Propiedad; la Instrucción de 29 de octubre de 1996, y la Resolución-Circular de 11 de diciembre de 1998, sobre recuperación informática del archivo de los Registradores de la Propiedad dispuso la realización en enero de 1999.

(37) La Disposición Adicional única del Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, estableció que: «En el plazo de un año, a contar desde la entrada en vigor de este Real Decreto, deberá quedar informatizado el Diario de todos los Registros de la Propiedad de España». Para desarrollar dicho mandato de uniformidad e informatización del Libro Diario, se aprobó la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 15 de febrero de 1996, que aprobó el nuevo modelo de Libro Diario de operaciones por el sistema de hojas móviles. Se otorgaba un plazo de doce meses, que finalizaba el 26 de febrero de 1997, para que el Colegio de Registradores pusiera a disposición de los Registradores el programa informático que posibilitara la informatización del Libro Diario. La Instrucción de 29 de octubre de 1996 prorrogó en seis meses (del 1 de enero de 1997 al 1 de julio de ese año) la fecha límite para la adopción por los Registradores de un modelo único de Libro Diario impreso por medios informáticos.

nistraciones que respondieran a criterios uniformes de acuerdos con modelos a elaborar por el Colegio de Registradores (38).

Junto a ello se aprobaron normas que potenciaron la colaboración entre Registradores y Notarios para evitar fraudes inmobiliarios, estableciendo mecanismos ágiles de emisión de publicidad y presentación de escrituras por fax en plazos breves (39).

Las reformas normativas de 1998 pretendieron compatibilizar la informatización de los Registros con la integridad de los libros y con el mantenimiento del control sobre su publicidad por parte de los Registradores. A tal fin, establecieron la prohibición de acceso telemático directo a los Archivos de los Registros de la Propiedad, y dieron amparo legal al derecho del interesado de libre elección del Registrador a través del cual obtener notas simples o información sobre el contenido del Índice General Informatizado de fincas y derechos, a través de un sistema de intercomunicación entre Registros y con el Índice General que no implicaba tampoco el acceso directo sin intermediación por parte de cada Registrador a los Archivos de los demás (40). En esta misma línea se inscribieron Instrucciones y Resoluciones

(38) La Resolución de 1987 había previsto una experiencia piloto. Por su parte, el Real Decreto de 1990 defirió la fijación del plazo para la completa informatización a una determinación posterior por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de tal forma que la informatización de los Registros no fue general, y dependió más bien de los impulsos de cada Registrador. Por ello, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 1996, desarrolló la reforma del Reglamento Hipotecario de 1990 y ordenó la integración en los índices informatizados de cada Registrador de toda una serie de datos de las fincas con asientos posteriores a 1950 antes del 31 de diciembre de 1998 (identificación de los datos registrales, identificación de la finca, identificación planimétrica, referencia catastral, identidad del titular y carácter de su titularidad, naturaleza del derecho, cargas y limitaciones y observaciones), en programas distribuidos u homologados por el Colegio de Registradores. Asimismo, sobre el Índice General Informatizado de las fincas y derechos inscritos en todo el territorio nacional y de sus titulares previó que debía estar formado antes del 31 de diciembre de 1998 (a partir de los datos suministrados por los programas informáticos de llevanza de los índices informatizados de cada Registro).

(39) Así, el Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, desarrollado por la Orden de 2 de agosto de 1993, y sustituido por el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, que introdujo algunas mejoras y que modificó el artículo 354 del Reglamento Hipotecario. El Real Decreto entró en vigor el 1 de marzo de 1995 y fue desarrollado por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de diciembre de 1996.

(40) En 1998, la reforma del artículo 222 de la LH por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, evidenciaba en su apartado segundo una preocupación por preservación de los libros, evitando la manipulación o el televidado de las bases de datos del Registro, y prohibiendo el acceso telemático a los Archivos de los Registradores de la Propiedad, así como la incorporación de la publicidad registral obtenida a bases de datos para su comercialización. Asimismo, en su apartado octavo otorgó a todo interesado el derecho a la libre elección del Registrador a través del cual obtener información registral relativa a cualquier finca en el caso de que se solicitara nota simple o información sobre el contenido del Índice General Informatizado de fincas y derechos, precisando al respecto que la llevanza por el Colegio de Registradores de la Propiedad y

de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que permitieron las solicitudes de publicidad por fax e incluso por correo electrónico, a expedir en el breve plazo de veinticuatro horas, pero siempre con ruptura del nexo de comunicación directa con la base de datos (41). Esta última modalidad se efectúa actualmente a través del sistema FLOTI (fichero localizador de titularidades inscritas) y a través del índice general informatizado de fincas y derechos inscritos previsto en el artículo 398-c del RH. En concreto, los particulares se conectan a la página *web* del Colegio de Registradores en la que hacen su solicitud y reciben por correo electrónico la información en el plazo de 24 horas (42).

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, operó una doble reforma de la normativa hipotecaria de gran importancia a nuestros efectos: por una parte, modificó de nuevo deter-

Mercantiles del citado Índice General no excluye la necesidad de que las solicitudes de información acerca de su contenido se realice a través de un Registrador, y estableciendo, para articular el sistema, la obligación de los Registradores de colaboración mutua, y de interconexión por telefax o correo electrónico a los efectos de solicitud y remisión de notas simples informativas. En desarrollo de estas previsiones, la reforma del RH de ese mismo año modificó el artículo 332, prohibiendo en su apartado segundo el acceso directo, por cualquier medio, a los libros, ficheros o al núcleo central de la base de datos del archivo del Registrador, que responderá de su custodia, integridad y conservación, así como su incorporación a bases de datos para su comercialización o reventa. La consulta y comunicación «con el Registrador» (no con el Registro) podía llevarse a cabo por cualquier medio, «sea físico o telemático», pero con «ruptura del nexo de comunicación», evitando la manipulación o televaciado del contenido del archivo (esto es, no una interconexión sin intermediación e indiscriminada). Por su parte, la obligación de intercomunicación entre Registradores se refirió ahora no sólo al fax o al correo electrónico, sino que se amplió a «cualquier medio técnico, siempre que se garantice la protección e integridad de la base de datos». En los casos de solicitudes de notas simples presentadas en un Registro sobre fincas inscritas en otro diferente compete el enjuiciamiento del interés al titular del Registro donde la solicitud tiene entrada, donde queda constancia de la identidad del solicitante. El Registrador que debe proporcionar la información, tras comprobar «la conformidad de los datos remitidos con los registrales, en particular la coincidencia de los nombres y apellidos y documento oficial de identidad de la persona respecto de la cual se solicita información», califica los asientos del Registro y envía la información al remitente en el plazo más breve posible, y siempre dentro de los plazos legales para la emisión de publicidad. El Registrador que envió la petición, una vez atendida, da la información como remitida por el Registrador responsable. A su vez, los Registradores deben estar comunicados «directamente» con el Índice General Informatizado de fincas y derechos para la obtención de la información de su contenido, dejando constancia en sus archivos de la identidad del solicitante y del motivo de la solicitud.

(41) La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de febrero de 1998, y la Resolución de 12 de noviembre de 1999, desarrollaron estos principios.

(42) Dicho sistema prevé casilleros con finalidades predeterminadas, a saber: 1) Investigación jurídico-económica sobre crédito, solvencia o responsabilidad. 2) Investigación jurídica sobre su objeto, su titularidad o limitaciones. 3) Investigación para contratación o interposición de acciones. 4) Otros (especificar).

minados artículos relativos al acceso a la información registral; por otra, reguló la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva.

En efecto, de una parte, incorporó al artículo 221 la presunción de interés en toda autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su oficio o cargo. Por otra, amplió la obligación de colaboración del apartado octavo, que pasó de limitarse a los Registradores entre sí a ampliarse a los órganos jurisdiccionales, las Administraciones Públicas y los Notarios. Finalmente, añadió tres nuevos apartados al artículo 222. La obligación de proporcionar información por telefax o comunicación electrónica (nótese que ya no se circunscribe al correo electrónico) se amplió a todo interesado (la Ley dice «todos ellos» sin especificar si se refiere a todo interesado o tan sólo a los órganos jurisdiccionales, las Administraciones Públicas y los Notarios, si bien éstos se mencionan en un apartado específico, el octavo), a elección del solicitante y con valor de notas simples informativas, sobre el contenido del Libro Diario, en su caso, del Libro de Entrada, y de los libros de inscripciones e incapacitados. Se prescribió que «la manifestación de los libros del Registro deberá hacerse, si así se solicita, por medios telemáticos», y se remitió a reglamento «el establecimiento de los criterios y procedimientos para mantener la información permanentemente actualizada en el plazo más breve posible, las garantías necesarias para evitar la manipulación o el televaciado de los asientos registrales, así como los requisitos técnicos y los modelos de las solicitudes de acceso a la consulta del contenido de los libros por vía telemática, las circunstancias que deban concurrir en quienes pretendan el acceso, el contenido de los libros del Registro que puede consultarse por vía telemática, así como el procedimiento para autorizar la restricción de acceso a la información relativa a determinadas personas, comerciantes o fincas, cuando ello venga impuesto por razón de la protección de la seguridad e integridad de las personas o los bienes». Finalmente, la reforma derogó el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 222, que, como sabemos, prohibía el acceso directo, por cualquier medio físico o telemático, a los archivos de los Registradores de la Propiedad, así como la incorporación de la publicidad registral obtenida a bases de datos para su comercialización.

La Disposición Transitoria decimonovena de la Ley 24/2001 estableció la obligación de trasladar el contenido de los asientos de los Registros de la Propiedad y Mercantiles a soporte informático, disponiendo que en el plazo de un año desde su entrada en vigor debía constar en soporte informático el contenido de los libros y asientos de todos los Registros de la Propiedad y Mercantiles de España. Los Registradores que en lo sucesivo sirvan cada Registro serán responsables de que se traslade a dicho soporte el contenido de los libros que lo integran. En el plazo de dos meses, el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España debería presentar ante la

Dirección General de los Registros y del Notariado un plan que contuviera información referente al grado de constancia en soporte informático de los asientos de cada Registro, así como de las medidas, planes, instrumentos y procedimientos que fueran a ser utilizados, a fin de cumplir con esta obligación especificando los datos y las actuaciones concretas que al efecto se propongan en relación con los Registros adscritos a cada decanato. El coste derivado del traslado a soporte informático del contenido de cada Registro sería soportado por el Registrador correspondiente. El incumplimiento, tanto del deber de trasladar a soporte informático en el plazo establecido, como de satisfacer el importe proporcional correspondiente por los obligados, así como la falta de presentación del plan constituye una infracción muy grave (43).

La Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, puede contemplarse como la continuación y profundización de esta reforma, mediante una modificación de los apartados décimo y undécimo del artículo 222 LH. Así, precisa expresamente que la manifestación de los libros implica el acceso telemático al contenido de los libros del Registro, distinguiendo en cuanto a la modalidad de acceso telemático entre acceso por terceros y acceso por autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio o cargo. De este modo, las autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio o cargo, a quienes, como vimos, desde la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, el artículo 221 de la Ley Hipotecaria presume el interés en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos, pueden acceder al contenido de los libros del Registro sin necesidad de intermediación por parte del registrador. Deben identificarse mediante firma electrónica, y responderán de que la consulta lo es en el cumplimiento estricto de las funciones que les atribuye la legislación vigente. Esto no se aplica al Índice de Personas. Los terceros pueden acceder directamente al contenido de los libros del Registro (incluidos el de Personas y el de

(43) Por otra parte, la Ley de Acompañamiento reguló en sus artículos 106 a 115 la atribución y uso de la firma electrónica por parte de notarios y registradores en el ejercicio de sus funciones públicas. A tal efecto, dispuso la implantación obligatoria de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información, homologados por la Dirección General de los Registros y del Notariado, y que garanticen la ruptura del nexo de comunicación, de forma que se impida el televaciado y la manipulación del núcleo central de sus respectivos sistemas de almacenamiento de la información, estableció el uso de firma electrónica avanzada para sus relaciones con Administraciones Públicas, notarios y particulares, entre otras, para la solicitud y emisión de publicidad registral. Estos preceptos fueron objeto de desarrollo por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de marzo de 2003, que articuló la interoperabilidad de los sistemas telemáticos de emisión, transmisión, comunicación y recepción de información de los notarios y de los registradores en el marco de las comunicaciones entre los mismos y, muy especialmente, en la remisión de los títulos públicos a los Registros, con comunicaciones desde el nodo central del Consejo General del Notariado al nodo central del Colegio de Registradores.

Incapacitados) previa intermediación del Registrador. Se regula ahora legalmente el procedimiento. Los interesados han de solicitar la información por vía telemática, consignando su identidad, dirección de correo electrónico, y el interés perseguido, en un formulario que advertirá de las limitaciones impuestas por el ordenamiento en relación al uso que puede darse a dicha información. Comprobada la identidad mediante la exigencia de empleo de la firma electrónica, el Registrador deberá «conceder el acceso» si estima que dicho interés queda acreditado y concuerda con la finalidad del Registro. En caso contrario, podrá solicitar que se complete. El Registrador debe notificar en el breve plazo de veinticuatro horas si autoriza el acceso, «incorporando un código individual», que permite durante el plazo de veinticuatro horas desde la notificación el acceso a la página que reproduce el contenido registral, «que se limitará a los asientos vigentes»; o bien si deniega el acceso, en este último caso de forma motivada.

Como puede comprobarse, ambos procedimientos parecen presuponer la informatización completa del contenido del Registro. Al respecto hay que señalar que la Ley de 2005 da una nueva redacción al artículo 238 de la Ley Hipotecaria, insertando en la redacción hasta entonces vigente, dos nuevos párrafos, que prevén la llevanza de los libros registrales por medios informáticos que permitan en todo momento el acceso telemático a su contenido, dotados de un sistema temporal que deje constancia del momento en que el soporte papel se trasladó a soporte informático. El alcance de dicho precepto no es muy claro. Puede interpretarse como la obligación de llevanza simultánea de los libros del Registro en soporte papel e informático o bien como la opción por el soporte exclusivo informático. La interpretación que consideramos la jurídicamente correcta es la primera, como parece abonar, no sólo el sentido común, sino una interpretación sistemática de la Ley e, incluso, de las enmiendas presentadas (44). A nuestro juicio, el mantenimiento de la referencia a los «libros foliados y visados judicialmente» y al procedimiento a seguir en caso de destrucción de los libros, permite interpretarlo de este modo, consistiendo la novedad en la regulación del fechado necesario del pase de papel a soporte informático y en la necesaria simultaneidad de ambas llevanzas, respecto a lo que ya introdujo la Ley 24/2001, que impuso la obligación de digitalizar el contenido de los libros registrales. La interpretación contraria, esto es, entenderlo como una obligación de llevanza en exclu-

(44) Determinados Grupos Parlamentarios habían presentado enmiendas. El propio Grupo Socialista en el Senado presentó una enmienda que alteraba la redacción dada por el proyecto al artículo 238.1 y 238.2 de la Ley Hipotecaria, conforme a la cual: «El Registro de la Propiedad se llevará en soporte papel en Libros foliados y visados judicialmente. Igualmente los Libros del Registro de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles deberán llevarse por medios informáticos que permitan en todo momento el acceso telemático a su contenido», justificada como «mejora técnica», que finalmente no se aprobó.

siva en soporte informático, lo cual no parece tener sentido, y supone un peligro para el principio de seguridad y conservación.

Asimismo se prevé la actualización permanente del contenido de los Libros, y se regula el Libro de entrada y su consulta telemática en los mismos términos que respecto del resto de los libros registrales (excluido el de Personas), modificando así el artículo 248 de la Ley Hipotecaria, que regulaba el Libro Diario.

Finalmente, se remiten al diseño reglamentario los procedimientos que permitan restringir el acceso a la información por razón de protección de la seguridad e integridad de las personas y los bienes, precepto este que, al estar integrado en un apartado específico, y no en el dedicado al acceso telemático, siembra la duda de su carácter general o limitado al acceso telemático.

Hasta el momento, y dada la novedad de la reforma, aún no ha habido apenas posicionamientos doctrinales posteriores a la reforma de 2005 (45).

(45) Cabe señalar que la doctrina que se había pronunciado sobre el proceso de informatización con anterioridad a esta última reforma había puesto de relieve, en unos casos, y desde una posición «defensiva», los «riesgos» de la informatización. Así, J. LÓPEZ MEDEL alertaba frente a la posible supresión de la labor calificadora del Registrador a la hora de ponderar el derecho a la intimidad y el derecho a la información y de posibilitar la creación de registros paralelos (*Organización funcional de los Registros. Informatización/Información...*, pág. 689; y *Análisis histórico...*, pág. 1812). Otras voces traducían una posición menos desfavorable *a priori* a la informatización. Así, J. M. MARTÍNEZ SANTIAGO subrayando cómo la misma permitiría atender, en tiempo real, los requerimientos sociales en materia de publicidad formal, desterrando el uso de la fotocopia de los asientos de la práctica registral (págs. 172-175). Y C. BALLUGERA GÓMEZ admitía que, en la práctica, «la amplitud de los datos contenidos en estos Índices, los constituye en una especie de duplicado del Libro de Inscripciones, si bien, no puede desconocerse su naturaleza auxiliar e instrumental que les otorga su caracterización como índices informatizados» y que «[...] con frecuencia cada vez mayor, se recurre al Índice Informatizado del Registrador para emitir la publicidad formal en nota simple informativa». El único límite sería la prohibición de acceso al núcleo central de la base de datos del Registrador, cuyo objeto es evitar su televaciado, manipulación y borrado. Y, «[...] por lo demás, el riesgo de que tal manipulación o televaciado se produzca, se previene de modo absoluto mediante la ruptura del nexo de comunicación entre solicitud y respuesta. Por ello, ha de entenderse, que salvada esta posibilidad, es posible que el registrador arbitre medios de acceso telemático al Índice Informatizado, con las adecuadas garantías en orden al origen de la solicitud». La ruptura del nexo de comunicación se lleva a cabo mediante un programa informático, como es, en el caso del Índice General Informatizado, el Beir, que tiene como misión registrar y canalizar las peticiones de información de los registradores a la base de datos central, de modo, que por medio de ese programa, el registrador sólo tiene acceso a una parte determinada del banco de datos, sin que en ningún caso le sea posible obtener otras informaciones que las autorizadas, ni alterar su contenido». Un sistema como éste registra los peticionarios, canaliza la información exclusivamente a las partes de la base de datos de acceso autorizado, rompe el nexo de comunicación, impide la manipulación o televaciado y posibilita que la información se dé persona a persona (págs. 263-264). En 2004, J. DE ANGULO RODRÍGUEZ, F. CANALS BRAGE y J. L. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE llevaban a cabo una aproximación muy completa al fenómeno «en unos tiempos en los que los avances tecnológicos imponen nuevas formas de actuación, tiempos más reducidos de res-

En el debate parlamentario se argumentó acerca de si el proyecto de reforma suponía una «lucha corporativa» entre Registradores y Notarios, con notable virulencia, por cierto (46).

Algunos primeros comentarios aparecidos por parte de determinados Notarios interpretan que la reforma obliga a poner a su disposición por vía telemática en su integridad y sin coste los libros registrales (47).

Entre los primeros registradores que se han ocupado del tema, se ha tratado de «reconducir» la formulación legal, limitando el contenido registral al que se puede acceder telemáticamente, tanto por los terceros no cualificados como por las autoridades, funcionarios o empleados públicos, circunscribiéndolo a un nuevo fichero, construido a partir o al modo de los índices ya conocidos, e integrado por aquellos datos referidos a fincas y derechos, excluido todo dato referido a la persona diferente de la propia identificación del titular registral, contenidos en asientos vigentes, coincidentes con los que deben figurar en las notas simples. En definitiva, y en la práctica, el nuevo mecanismo de acceso telemático, con o sin intermediación, se reconduce a la publicidad del contenido de los índices, como una modalidad de la nota simple (48), o bien como una nueva forma de publicidad

puesta y accesos más directos al conocimiento», recalcando, a su vez, la necesidad de optar por el máximo nivel de seguridad informática. Vaticinaban que, si bien hasta entonces las bases de datos eran utilizadas como mecanismo auxiliar, sin atribuirles un valor institucional como fuente autónoma de información jurídica, los Registros acabarían siendo informatizados por completo y que, por ello había de hacerse un esfuerzo colectivo por homogeneizar y acelerar el proceso y resolver las cuestiones que fueran surgiendo, apuntando, entre otras, la necesidad de desarrollo reglamentario del artículo 222.11 LH, y considerando que en las peticiones remotas realizadas a través de Internet mediante los ficheros localizadores, debe, respecto de cada solicitud, constar al Registrador además de la identificación del solicitante y el interés alegado, el número total de fincas incluidas en la solicitud, y el número de Registros al que la misma ha resultado dirigida; o la conveniencia de una posible preclasificación del contenido sensible de las bases de datos (págs. 139-152).

(46) Véanse Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 315, de 2005, y del Senado, núm. 57, 2005.

(47) Así, en la revista *Notario*, noviembre-diciembre de 2005, se hace un breve comentario de esta reforma. V. PÉREZ DE MADRID CARRERAS (*Sin necesidad de su intermediación...*, págs. 162-163) e I. MARTÍNEZ GIL VICH (*Breve comentario del art. 238 LH —nueva redacción—*, págs. 164).

(48) Así, J. M. GÓMEZ VALLEDOR y A. VALERO FERNÁNDEZ-REYES ponen de manifiesto cómo las bases de datos registrales o repositorios pueden estar destinadas a sustituir la exhibición directa de los libros o de sus copias en papel o digitales, en cuyo caso proponen la denominación de «ficha inmobiliaria» o «nota simple informática». Consideran que el acceso telemático al contenido de los libros lo es a dichas fichas inmobiliarias de contenido tipificado o «página que reproduce el contenido registral relativo a la finca solicitada», y constituye, pues, una variedad de la nota simple. Consideran, pues, que el acceso telemático al contenido de los libros al que alude la reforma, en una interpretación sistemática del artículo 222 de la LH, no es un acceso a las bases gráficas escaneadas o directamente digitalizadas de los libros, «sino a los ficheros informáticos de las fincas, ya

registral (49), adicionando en su caso otra información que sea necesaria, en este último caso siempre con intermediación del Registrador. Con ello que-

lo sean en cuanto a tales o confeccionados al modo de notas simples informáticas actuales que figurarían en un repositorio». En cuanto al procedimiento, estiman que la página de acceso podría seguir siendo el FLOTI con las correspondientes adaptaciones técnicas. En cuanto al acceso telemático por autoridades y funcionarios, estiman que hay argumentos diferentes que respeto a los particulares que pudieran desvirtuar los riesgos del acceso directo a la reproducción gráfica: se podría presumir un conocimiento técnico suficiente para examinar y comprender el contenido de los asientos registrales (piensan, creemos, en los notarios, pues no podría decirse lo mismo de otras autoridades y funcionarios); se neutralizaría el riesgo para la privacidad derivada de la propia cualidad de los consultantes (si bien, pese a estar de acuerdo en líneas de principios, cabe puntualizar que la amplitud de la presunción de interés a toda autoridad o funcionario no descarta el riesgo de usos desviados); se satisfaría la necesidad que existe en ocasiones de acceder a asientos no vigentes (como por ejemplo, en el caso de solicitud de información por la Agencia Tributaria o la Tesorería de la Seguridad Social de datos, como la fecha de una enajenación anterior al titular vigente, o la cuantía y modo del pago del precio, que no constan en la ficha informatizada, a los que puede añadirse los apuntados en otro lugar de este trabajo, como el historial registral de una finca expedido a favor de las Comunidades Autónomas a efectos de averiguar las cantidades a pagar en los supuestos de descalificación de VPO, la requerida judicialmente para un procedimiento por alzamiento de bienes, blanqueo de capitales o de tipo similar, o la requerida por la Administración tributaria o urbanística tendente a la comprobación del cumplimiento de las obligaciones de dicho tipo o para asegurar la persecución de infracciones cometidas); o, finalmente, se posibilitaría la aplicación inmediata del sistema, dado que las bases gráficas están recuperadas en su totalidad (bien que con una calidad, consideran, cuestionable, no exenta de errores). Sin embargo, y a pesar de estos argumentos, sostienen que también en este caso el acceso previsto ha de entenderse referido a una página que contenga los ficheros informáticos de las fincas solicitadas, y no a la base gráfica. Consideran que la única diferencia, por tanto, con el acceso por terceros no cualificados consiste en que tiene lugar sin intermediación del Registrador; en que cabe el acceso directo al libro de entrada; y en que no es necesario alegar un interés legítimo. Por lo demás, el régimen de esta publicidad es el mismo que respecto de los terceros no cualificados, esto es, se circunscribe también a los asientos vigentes y no implica el acceso a las bases gráficas, sino a un archivo informático especialmente creado sobre la base del contenido de los índices informatizados de fincas y personas, todo ello sin perjuicio de poder incorporarse en supuestos especiales fotocopia digital de algún asiento vigente concreto según las normas generales de publicidad. No obstante, se apunta a la vez que los datos que actualmente constan en los índices por exigencia reglamentaria son insuficientes, por sí solos, para la elaboración de tales fichas, que requiere de una labor profesional pormenorizada y que, «dada la celeridad con que funciona el Servicio de Publicidad Electrónica (FLOTI) del Colegio de Registradores, cuyo tiempo medio de respuesta para la remisión telemática de publicidad es de quince horas (incluidas las nocturnas), no parece que exista una imperiosa necesidad de implantar de modo generalizado el sistema de fichas informatizadas como medio de publicidad, dados los riesgos que implica la recuperación general del archivo».

(49) F. CANALS BRAGE, en su brillante *Expedición de publicidad formal (con unas primeras y muy ligeras reflexiones sobre la publicidad telemática establecida por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad*, admite que la digitalización prevista en la reforma de 2005 va más allá del Soporte Informático Literal, que es una reproducción fotográfica del libro correspondiente, en cumplimiento de la Disposición Transitoria decimonovena de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y que, si bien permite su tratamiento, mediante el correspondiente programa informático

daría asegurado el objetivo pretendido, facilitar la obtención de publicidad telemática en breve plazo o incluso *on line*, en el caso de autoridades, funcionarios y empleados públicos, con información sobre la situación jurídica actual de las fincas o derechos inscritos tratada profesionalmente y sin merma del derecho a la protección de datos. La construcción nos parece que encuentra un equilibrio entre publicidad y privacidad, *lege ferenda*, si bien el problema, a nuestro juicio, es de técnica legislativa, y es que no es fácil deducir todos estos «matices» de la redacción mucho más general de la Ley. Esto es, probablemente, en efecto, el legislador pretendía con el nuevo mecanismo alcanzar ese objetivo, y, en particular, agilizar el otorgamiento de publicidad

que transforme el archivo fotográfico en archivo de texto, susceptible de tratamiento, que puede facilitar enormemente el trabajo de emitir publicidad formal, carece de valor jurídico. La llevanza de los nuevos «Libros informáticos», sostiene, debe llevarse en un lenguaje que permita su permanente actualización, que requiere además la interrelación entre todos los Libros del Registro y asimismo con los Índices de personas y fincas, lo que es imposible de llevar a cabo mediante un sistema de digitalización, que en puridad no constituye la «llevanza por medios informáticos», aunque el soporte si lo sea. Considera, pues, que la Ley no impone el «traslado literal» del contenido de los Libros en papel a los Libros informáticos, que sería incompatible con la llevanza informática, permanentemente actualizada, e interrelacionada que se requiere, lo que se deriva además de la previsión de que el acceso telemático tenga lugar a la página que reproduce el contenido registral pero limitado a los asientos vigentes. En efecto, afirma, «no puede pensarse ni que el Registrador de la propiedad ha de llevar libros diferentes en función de las posibles personas que vayan a acceder a ellos, ni que debe estar pendiente en el momento de cada solicitud de la depuración de tales libros, para excluir lo que de ellos no estuviera vigente. Los libros informáticos son unos solos, deben actualizarse permanentemente, y estar accesibles en todo momento; ello exige que el Registrador de la Propiedad haga constar en ellos los datos estrictamente inmobiliarios y los excluya una vez que hayan quedado cancelados en los libros papel, *ergo*, hayan dejado de estar vigentes. Ello es lo único que tiene coherencia con la celeridad que a la actuación administrativa quiere dar la Ley 24/2005». Se trataría, pues, de una nueva forma de publicidad de los Libros del Registro, distinta de la exhibición, la certificación y la nota simple, lo que justifica que el legislador se despreocupe de los derechos a la protección de datos y a la intimidad, ya que el acceso a los mismos, una vez comprobado el interés o, en el caso de las autoridades y funcionarios, presumido —por lo que resulta lógico entonces que no se necesite intermediación—, no puede afectarles. «Por ello, en mi opinión, el Registrador de la Propiedad en cumplimiento de aquella Ley [la LOPD] debe abstenerse de trasladar a la “publicidad informática”, aquellos datos que no contribuyen a delimitar tal estado inmobiliario y que pueden suponer la infracción por su parte de los derechos a la protección de datos y a la intimidad. Máxime cuando tal exclusión no priva a los libros informáticos de cumplir plenamente su cometido, heredado de la fuente que proceden de asegurar el tráfico jurídico inmobiliario». Estos nuevos «libros informáticos», sí gozan de la fe del Registrador, si bien no de la del Registro en papel, que prevalece en caso de discrepancia. Por último, considera que el «soporte informático» no tiene efectos retroactivos, de modo que su llevanza debe empezar a contar desde el momento de su imposición legal, y que es imprescindible un desarrollo reglamentario que establezca el «contenido» de los Libros del Registro trasladable a tal soporte, y los medios técnicos que deben emplearse. En todo caso, reconoce que dicha labor puede llevarse a cabo mediante una reconversión de los «índices informatizados» o «bases de datos».

registral evitando problemas derivados de desfase entre la información registral y el negocio jurídico sobre la finca. Pero lo cierto es que la dicción legal dificulta este entendimiento: alude en el artículo 222.10 a «la manifestación de los libros» por medios telemáticos (y no la configura, pues, como una forma de expedición de notas simples, sino, aparentemente, de exhibición de los mismos); que implica el acceso «al contenido de los libros», sin referirse a aspectos concretos; que no se limita expresamente, en el caso del acceso sin intermediación por autoridades, funcionarios y empleados públicos, a los asientos vigentes (ya que este límite aparece en otro artículo, el siguiente, 222.bis LH, al regular el procedimiento de acceso de terceros no cualificados con intermediación, previéndose además en este caso el recurso contra la negativa injustificada «a manifestar los libros del Registro»). A ello ha de sumarse que la nueva redacción del artículo 238 no limita expresamente el contenido de los libros informatizados (50), ni los circunscribe a asientos vigentes, en una aparente generalidad orientada a una duplicidad, en papel y en soporte informático, de los libros registrales.

Ciertamente, el propio legislador asume que el acceso de terceros a la página que reproduzca el contenido del Libro se referirá sólo a asientos vigentes, lo que, salvo que resulta difícilmente compatible con la idea del acceso a la reproducción de un Libro digitalizado en su integridad. ¿Se piensa, acaso, en un sistema en que cada Registrador deba, para cada solicitud y en brevísimo plazo, depurar mediante tachado digital, la página o páginas a que se tiene acceso? ¿Resulta un sistema tan operativo? ¿Se piensa, por el contrario, en un «doble archivo informático», uno consistente en los Libros en papel digitalizados tal cual al que pueden tener acceso directo sin intermediación las autoridades, funcionarios y empleados públicos, con la consecuente obtención de información no proporcionada y lesión del derecho a la protección de datos, por una parte, y riesgo para la propia seguridad jurídica, en la medida en que no toda autoridad, funcionario o empleado público está cualificado para una lectura «profesional» de la información registral, por otra; y un segundo archivo, de contenido seleccionado y tratado profesionalmente, para el acceso por terceros no cualificados, permanentemente actualizado? ¿Quién y cómo llevará a cabo esa labor profesional? De esta forma, el legislador «ha puesto las cosas difíciles», dando poco juego a una necesaria conciliación entre publicidad registral y derecho a la privacidad, y abocando a un sistema que, interpretado con un alcance general, resulta difícilmente practicable, y, sobre todo, no se compadece con el contenido del derecho a la protección de datos, mereciendo

(50) Señala: «Los libros de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles deberán llevarse por medios informáticos que permitan en todo momento el acceso telemático a su contenido. El Registro dispondrá de un sistema de sellado temporal que dejará constancia del momento en que el soporte papel se trasladó a soporte informático».

por tanto tacha de inconstitucionalidad, quedando, como única alternativa posible a una declaración tal un desarrollo reglamentario que sea a la vez respetuoso con la LH y con la LOPD.

No consiste, en todo caso, este trabajo en un posicionamiento a favor o en contra, y menos aún en una mediación entre posibles intereses corporativos, sino en una reflexión jurídica acerca de las luces y las sombras del sistema arbitrado desde la óptica del derecho a la protección de datos, apuntando algunas posibles soluciones jurídico-prácticas.

El sistema legalmente diseñado, a día de hoy, nos lleva a las siguientes apreciaciones desde la óptica de la protección de datos:

— En el caso de las solicitudes formuladas por terceros «no cualificados», identificados con firma electrónica, el acceso telemático consiste en el envío de una clave que da acceso durante veinticuatro horas «a la página que reproduzca el contenido registral relativo a la finca solicitada», contenido registral, «que se limitará a los asientos vigentes». Debe observarse que se prevé un procedimiento que permite constatar y dejar constancia de la identidad del solicitante (incluido el necesario uso de firma electrónica) y de la finalidad pretendida, que es objeto de control por parte del Registrador (hasta el punto de que, si entendiera que no ha quedado acreditado de modo suficiente dicho interés legítimo, podrá solicitar que se le complete éste), así como la adecuación de los datos (que son sólo los vigentes y, debe entenderse, necesarios al objeto de la consulta), lo que parece implicar que *no se accede a una copia digitalizada de los respectivos libros, sino a una información extractada, informatizada y depurada por el Registrador (lo que parece remitir a un uso ad extra de los Índices de los Registradores)*.

Teniendo en cuenta que los datos sobre identidad, finalidad y contenido de la consulta deben quedar archivados en el sistema informático, y que el Registrador mantiene su control sobre la publicidad registral, el mecanismo no plantea, a nuestro juicio, mayores inconvenientes desde el punto de vista de la protección de datos, sino tan sólo la necesidad de desarrollo reglamentario y la aprobación de las correspondientes aplicaciones informáticas, con una labor de guía, instrumentación y auxilio a llevar a cabo por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Colegio de Registradores (51). Las solicitudes deben ser firmadas electrónicamente.

(51) No se ha optado, como se proponía por parte de diversas enmiendas de idéntico contenido (por influencia del Colegio de Registradores), por centralizar la recepción de las solicitudes de información y de la transmisión de información registral telemática en un portal único a cargo del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, responsable de un fichero localizador que contuviera los índices generales informatizados de las fincas, derechos, entidades o personas inscritas en los distintos Registros. El texto propuesto era el siguiente: «Las solicitudes de información registral que se cursen por medios telemáticos se centralizarán necesariamente en un portal único a cargo del

Además, y como ha apuntado la doctrina, la informatización podría ser una buena «excusa» para unificar criterios, a través de formularios con casillas, sobre qué intereses se consideran legítimos a la hora de obtener publicidad registral, dejando siempre una casilla para «otras finalidades», como actualmente hacer el sistema FLOTI, que deberán ser objeto de especial ponderación por el Registrador, y para informar a todo el solicitante de los principios a que queda sometido el posterior tratamiento y las responsabilidades en que puede incurrir por un uso desviado. Además, si se actúa como mandatario, debe consignarse la identidad del mandante, también en los casos en los que el encargo se presume. Asimismo, como se ha sugerido, debería permitir la autogeneración de un fichero que archivara las solicitudes, registrando los peticionarios y computando el número total de fincas incluidas en la solicitud, y el número de Registros al que la misma ha resultado dirigida, alertando así de los intentos de obtención masiva de datos para construir archivos paralelos. Además, hay que insistir en la pertinencia de caminar hacia el nivel más elevado de medidas de seguridad informática, incluso si desde el punto de vista de la normativa sobre protección de datos no es exigible el grado de protección alto, en la línea apuntada por la doctrina y por el propio Protocolo firmado por el Colegio de Registradores y la Agencia de Protección de Datos el 20 de diciembre de 2002, que, de arbitrarse, y ello es ciertamente posible, deben excluir cualquier género de riesgos para la integridad derivados de la manipulación, el televaciado o la destrucción de la base de datos.

— Sin duda, el mecanismo que plantea mayores dudas de constitucionalidad es el acceso sin intermediación previsto en el caso de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio o cargo, a quienes se presume el interés en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos, y que pueden acceder al contenido de

Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, a través del cual se producirá, mediante los formularios e instrumentos de ayuda precisos para facilitar las búsquedas, la recepción de solicitudes y la transmisión de información. Los Registradores están obligados a la remisión diaria de la información necesaria para mantener actualizados los ficheros localizadores a que se refiere el artículo siguiente. Los Registradores utilizarán la dirección electrónica que al efecto el Colegio les asigne para la recepción y remisión de publicidad a que se refieren los artículos anteriores. Ficheros localizadores. Los índices generales informatizados de las fincas, derechos, entidades o personas inscritas en los distintos Registros estarán constituidos por uno o varios ficheros localizadores informatizados, que permitan determinar el Registro en cuyo archivo se encuentran. Tales ficheros serán llevados por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el cual promoverá la aplicación de nuevas tecnologías que faciliten el cumplimiento del principio de publicidad formal, para lo que supervisará la elaboración, distribución y mantenimiento de los equipos técnicos, de prestación de servicios y servidor web que considere necesarios, a cuyo mantenimiento colaborarán todos los Registradores, mediante las cuotas que al efecto se aprueben por dicho Colegio». Parece que un mecanismo tal pudiera ser de utilidad y es materia propia del desarrollo reglamentario.

los libros del Registro sin necesidad de intermediación por parte del registrador, previa identificación mediante firma electrónica, y respondiendo de que la consulta lo es en el cumplimiento estricto de las funciones que les atribuye la legislación vigente (52).

El precepto plantea muy serias dudas de compatibilidad con la normativa (orgánica, recordémoslo) sobre protección de datos. Se trataría en concreto de una comunicación de datos entre ficheros públicos. Dicha cesión no precisa del consentimiento del afectado, ya que la excepción al mismo puede llevarse a cabo bajo el amparo de una ley ordinaria, como permite el juego de los artículos 6.1 y 6.2 y 21 (en su versión mutilada tras la declaración de inconstitucional operada por la STC 292/2000 mutilado), excepción del consentimiento que, en este caso, se basa en el principio constitucional de seguridad jurídica al que sirve el Registro y que ampara la publicidad registral, cualquiera que sea su modalidad. No obstante, junto al principio de consentimiento juegan, como sabemos, los principios de finalidad y proporcionalidad. Garante de la vigencia de estos principios es el responsable del fichero, esto es, el titular del Registro en que se encuentre el Libro que contenga la información. Ahora bien, el mecanismo del acceso telemático sin intermediación priva de todo poder de control al Registrador, único profesional legalmente cualificado para, en el tratamiento profesional de la publicidad formal, efectuar un enjuiciamiento acerca de la concurrencia del interés legítimo-finalidad y de la necesidad-ade cua-

(52) Dicho mecanismo generó un fuerte debate en la tramitación parlamentaria. En la tramitación en el Congreso de los Diputados se presentaron diversas enmiendas al precepto que nos ocupa, por parte de los Grupos Parlamentarios de Coalición Canaria, Partido Popular y de Esquerra Republicana que, en línea con las propuestas del Colegio de Registradores, postulaban la modificación del actual artículo 221 de la Ley Hipotecaria, en su redacción por Ley 24/2001, de 27 de diciembre, para reducir la presunción de interés en el conocimiento del estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos a toda autoridad judicial que actúe en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, así como al Ministerio Fiscal y al Tribunal de Cuentas en el ejercicio de sus funciones públicas y, en directa relación, por la supresión de la posibilidad de acceso por parte de autoridades y funcionarios al contenido de los libros sin intermediación del Registrador. Consideraban, en sus respectivas justificaciones a la enmienda, que no hay ningún Registro Público al que ningún funcionario tenga, por el mero hecho de serlo, derecho a acceder a su contenido, cuando como en el caso del Registro de la Propiedad, contiene datos personales relevantes. Las enmiendas del Grupo Parlamentario Popular y del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana añadían que este principio se aplicaba, en especial, a «los profesionales funcionarios dominados por relaciones de clientela e intereses de parte» (en una referencia implícita evidente a los Notarios). Lo cierto es que su dudosa compatibilidad con el derecho a la protección de datos llevó incluso al Grupo Socialista a presentar una enmienda en el Senado conforme a la cual: «El acceso a los datos por las autoridades, empleados o funcionarios públicos a los que se refiere este apartado, se regirá en todo caso por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal», justificada, sin más, como «mejora técnica», que por cuestiones de pugna política, no fue aceptada.

ción de la solicitud de información, frente al sistema diseñado por la LOPD y frente a la insistencia de la propia LH de su obligación de informar y velar por el cumplimiento de las normas aplicables sobre la protección de datos de carácter personal, como señala el artículo 222.6 LH, que se ha afirmado rotundamente en las Resoluciones e Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los informes y protocolos de la Agencia de Protección de Datos y en la jurisprudencia.

Se genera así un riesgo que excede con mucho lo establecido en el caso del padrón municipal por la (por lo demás, constitucionalmente controvertida) disposición que hemos comentado páginas atrás: si en el mecanismo padronal el acceso se produce sólo por parte de un órgano administrativo concreto (la Dirección General de la Policía); para una finalidad determinada y pública (los expedientes de extranjería), y sólo a determinados datos que el propio sistema informático; por el contrario, la generalidad del sistema previsto en materia hipotecaria es absoluta, ya que, aparentemente, permite el acceso a cualquier autoridad, empleado o funcionario público (potencialmente, más de dos millones y medio de personas) para cualquier finalidad que requiera el conocimiento del estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos («por razón de su oficio o cargo» «en el cumplimiento estricto de las funciones que les atribuye la legislación vigente»), y a todos los datos («el contenido de los libros del Registro», sin la distinción entre datos patrimoniales o referidos a la persona, ni siquiera con la condición de que se trate de asientos vigentes).

El sistema, tal y como aparece diseñado, en esta aparente generalidad y prescindiendo por completo de todo poder de control, siquiera *prima facie* y con el juego de las presunciones, parece, pues, incompatible con el principio de adecuación, ya que facilita más datos de los necesarios, en la medida en que el acceso, sin más, al contenido de los libros supone, como vimos, acceso a información en la que figuran datos de diversa índole, muchos de ellos sin vigencia y/o innecesarios para la finalidad que motiva dicho acceso, sin que, a falta de intermediación del Registrador, puedan omitirse dichos datos. Sólo el Registrador tiene la competencia legal y la acreditada capacidad jurídica para discernir cuáles son los datos necesarios para cada finalidad y discriminar qué asientos son actuales, ciertos y vigentes, ya que no puede presuponerse que cualquier autoridad o funcionario está capacitado para una labor calificadora correcta. Asimismo, el mecanismo del acceso directo sin intermediación supone un grave riesgo para el principio de finalidad, ya que una posibilidad de acceso abierta sin control alguno a un colectivo tan inmenso de personas conlleva unas posibilidades de uso desviado muy elevadas y, con ello, de vulneración del derecho fundamental a la privacidad.

Téngase en cuenta a estos efectos que, además, conforme a ambos bloques normativos, y como vimos, cualquier infracción de estos principios

determina la responsabilidad patrimonial del Registrador (53), en su caso, disciplinaria (54), y, si se incurre en una conducta tipificada, penal (55). Añádase, finalmente, que en la normativa sobre protección de datos, en los casos de infracción muy grave, consistente en la utilización o cesión ilícita de los datos de carácter personal en que se impida gravemente o se atente de igual modo contra el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y el libre desarrollo de la personalidad que la Constitución y las leyes garantizan, el artículo 49 LOPD faculta al Director de la Agencia de protección de datos para ordenar la inmovilización de los ficheros, en caso de no ser atendido su requerimiento de cese, medida cuyo trascendente efecto sobre la seguridad del tráfico jurídico, en caso de dictarse respecto de un Registro público, no es necesario resaltar.

Parecen notorios los riesgos que genera el acceso directo sin intermediación para el derecho a la protección de datos. Si éstos son los riesgos, cabe cuestionarse cuáles son las ventajas a la productividad y la eficacia que pudieran extraerse, si bien ha de advertirse que, como señalamos páginas atrás, en la dogmática iusfundamental, una mayor eficacia no constituye un fundamento constitucional *per se* para legitimar el sacrificio de un derecho fundamental. Repárese que la Ley prevé, respecto de las solicitudes formuladas por sujetos privados, un plazo inusitadamente breve en materia de procedimiento administrativo de veinticuatro horas, previa comprobación de la finalidad de la solicitud, por lo que este régimen de acceso por terceros ya dota al sistema de una más que notable eficacia y agilidad, que podría estimarse también suficiente en el caso de las solicitudes por parte de autoridades, empleados o funcionarios públicos. Probablemente, en realidad, esta voluntad de acceso sin intermediación haya venido referida, en la *mens legislatoris*, al acceso por Notarios para permitir la constatación del estado de los bienes y derechos coetánea a la formalización de los negocios jurídicos sobre los mismos (respecto a los cuales de hecho ya existían mecanismos ágiles de colaboración que parecen haber excluido riesgos reales y no episódicos de fraude inmobiliario), pero lo cierto es que se ha llevado a cabo con una dicción amplísima.

La Ley ha establecido dos prevenciones:

— En primer lugar, que las autoridades, empleados y funcionarios públicos responderán de que la consulta se efectúa amparada en el cumplimiento estricto de sus funciones legales. Al respecto, no obstante, no debe olvidarse que en la LOPD el responsable del fichero es también y en todo caso responsable de las infracciones que puedan cometerse, amén de que suelen ser

(53) Artículos 19 LOPD y 296 a 312 LH.

(54) Artículos 43 a 49 LOPDP y 313 a 318 LH.

(55) Artículos 197 a 201 del Código Penal.

infracciones, las del derecho a la protección de datos, cuyo rastro e incluso cuyo conocimiento suele escapar al común de los ciudadanos, al que, además, difícilmente resulta económicamente rentable perseguirlas. Amén de lo genérico de esta referencia a la «responsabilidad» (¿disciplinaria? ¿patrimonial?). En este segundo caso, ¿cómo casa esta responsabilidad que se pretende personal con el régimen de responsabilidad directa de la Administración proclamado en el artículo 145 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común?

— En segundo lugar, se establece la prohibición de acceso sin intermediación al Índice de Personas, lo cual, a nuestro juicio, resulta digno de aplauso y de gran trascendencia, dado que, sin duda, el acceso a dicha información entraña, con mucho, el mayor riesgo para la privacidad de los ciudadanos, ya que es el que permite de manera más directa la construcción de perfiles económicos y la creación de ficheros acerca del patrimonio de las personas, que posteriormente segmentados y cruzados, tienen un gran valor económico y suponen una traba para el «anonimato» patrimonial de las personas, y, en determinados casos, para su propia seguridad personal.

Hemos puesto de manifiesto los riesgos que implica este acceso generalizado sin intermediación. Creemos que la previsión legal es susceptible de ser tachada de inconstitucional por suponer un atentado contra el derecho a la protección de datos, y, en concreto, al principio de adecuación englobado dentro del principio de «calidad de los datos», así como, más en general, en la medida en que contra la propia lógica del sistema, desprové al responsable del fichero de sus facultades de control que son, asimismo, garantías del derecho de los afectados. En todo caso, no es necesario recordar que el único competente para declarar, en su caso, la inconstitucionalidad de una ley es el Tribunal Constitucional.

Tal vez sea posible (aunque, como advertimos, la Ley no facilita ese camino) una «reconducción del sistema», esto es, una interpretación sistemática y de conjunto de estas previsiones y de la normativa sobre protección de datos, que podría inspirar el posible desarrollo reglamentario, siguiendo las líneas antes apuntadas respecto el acceso por terceros no cualificados en lo que hace a la limitación del contenido del fichero informático al que se puede tener acceso sin intermediación, constreñido a asientos vigentes referidos tan sólo a la identidad del titular y a las fincas o derechos, cuyo conocimiento sea necesario con carácter general a los fines de la publicidad registral (precisando la solicitud de información adicional la intervención profesional del Registrador), y con respeto de las medidas de constancia, seguridad, almacenamiento de consultas, detección de consultas masivas, etc. Adicionalmente, y puesto que se habla del acceso a los libros, convendría explorar la posibilidad sugerida por algún autor, como vimos, sobre la conveniencia de una

posible preclasificación del contenido sensible (innecesario a los efectos de la publicidad) de las bases de datos, y al que no se accedería salvo por petición justificada y con la intermediación del Registrador, unificando criterios al respecto y llevándolo a la aplicación informática correspondiente. Además, y puesto que resulta a todas luces excesivo que cualquier empleado público, cualquiera que sea su función, pueda acceder al contenido del Registro, sería útil aplicarles las medidas de previa identificación y acreditación mediante clave de los posibles usuarios, cuya identidad quede registrada en el sistema informático tras una comprobación por parte del Colegio de Registradores de que, para el ejercicio de sus concretas funciones, puede ser necesario *prima facie* la consulta de datos registrales. Por lo demás, y frente a lo que ha defendido algún autor, resulta evidente que nada en la Ley conduce a pensar que exista una exención de honorarios, cualquiera que sea la modalidad de prestación del servicio, máxime cuando todo el proceso de informatización llevado a cabo hasta el momento, y el que habrá que desarrollar precisamente para dar cumplimiento a las reformas de 2001 y 2005, se ha hecho a expensas de cada Registrador y del Colegio de Registradores por aplicación del artículo 294 LH.

RESUMEN

PROTECCIÓN DE DATOS

En este trabajo se analizan las cuestiones que plantea la aplicación de la normativa sobre protección de datos a la publicidad registral. Se exponen las claves del derecho a la protección de datos, y las conclusiones del análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal de la publicidad registral, para llegar a una serie de conclusiones sobre cada uno de los puntos de conexión entre la normativa registral y el derecho a la protección de datos. A la luz de estas conclusiones, se lleva a cabo un análisis particular del mecanismo de acceso directo por vía telemática instaurado por las reformas de la Ley Hipotecaria de 2001 y 2005, y de los problemas jurídicos que plantea al desprover al Registrador de la Propiedad, como responsable del fichero, de la facultad de controlar que la publicidad registral obtenida mediante acceso

ABSTRACT

DATA PROTECTION

This paper analyses the issues raised by the application of data protection legislation to registry disclosure. It gives the keys to the right to data protection, and the conclusions of legislative, jurisprudential and doctrinal analysis of registry disclosure, and so reaches a series of conclusions about each of the connecting points between registration legislation and the right to data protection. In the light of these conclusions, a particular analysis is conducted of the mechanism for direct on-line access set in place by the 2001 and 2005 reforms of the Mortgage Act and the legal problems it poses by stripping the property registrar, as the data controller, of the power to ensure that on-line registry disclosure complies with the adequacy and purpose rules that are part and parcel of the right to data protection. Some possible le-

telemático es conforme a los principios de adecuación y finalidad que integran el contenido del derecho a la protección de datos. Al respecto, se avanzan algunas posibles soluciones jurídicas para conciliar, también en esta modalidad de acceso, la publicidad registral y el derecho a la privacidad.

gal solutions are put forward on this point for reconciling registry disclosure and the right to privacy in this mode of access as well.

(Trabajo recibido el 25-07-06 y aceptado para su publicación el 18-08-06)

Confusión de patrimonios y publicidad registral: El caso del *trust* (*)

por

CELESTINO PARDO NÚÑEZ

Profesor de Historia del Derecho (ESADE)

*A Manuel Peña,
con admiración y respeto*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. METODOLOGÍA.
- III. PRIMER PROBLEMA: LA DISTINCIÓN ENTRE CAPACIDAD Y PERSONALIDAD: EL RECONOCIMIENTO DE AUTONOMÍA PATRIMONIAL.
- IV. SEGUNDO PROBLEMA: EL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LAS ADQUISICIONES O GANANCIAS.
- V. TERCER PROBLEMA: SEPARACIÓN DEL PATRIMONIO AFECTO DEL PATRIMONIO DEL CONSTITUYENTE O FUNDADOR.
- VI. CUARTO PROBLEMA: LA SEPARACIÓN DEL PATRIMONIO AFECTO DE LOS BIENES DEL GESTOR.
- VII. DOS RIESGOS TÍPICOS PARA EL PATRIMONIO ADMINISTRADO: EL FRAUDE DEL GESTOR Y EL FRAUDE DEL FUNDADOR.
- VIII. QUINTO PROBLEMA. GESTIÓN ESTÁTICA: LA ADMINISTRACIÓN DE DOS PATRIMONIOS POR UNA MISMA PERSONA.
- IX. SEXTO PROBLEMA. GESTIÓN DINÁMICA: LA DISCIPLINA DE LAS RELACIONES INTERNAS Y LA DEFENSA DEL PATRIMONIO VINCULADO.

(*) Al final de este trabajo se publica una nota de F. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Consejero-Secretario de la RCDI, sobre la materia.

- X. SÉPTIMO PROBLEMA: LAS RELACIONES EXTERNAS Y LA DEFENSA DE LOS ACREEDORES. LA PUBLICIDAD DEL PODER.
 - XI. OCTAVO PROBLEMA: EL MANTENIMIENTO DEL BENEFICIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. LA PUBLICIDAD DE LA APORTACIÓN.
 - XII. NOVENO PROBLEMA: LA EXCLUSIÓN DE BIENES DEL FONDO MERCANTIL: UN EJEMPLO MUY INSTRUCTIVO.
 - XIII. LA FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
- CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Finalidad de la investigación.* Es dudoso que, para conseguir los objetivos que, en el mundo anglosajón, se persiguen con los *trusts*, no sirva ninguna de las instituciones jurídicas que tenemos en nuestro Derecho (1). Es incluso dudoso que no contemos con figuras negociales que permitan obtener resultados sino completamente equivalentes, sí, al menos, sustancialmente parecidos.

No es éste, sin embargo, el punto que hoy nos toca aclarar. Nos interesa una cuestión más bien menor. Nuestra tarea consiste exclusivamente en buscar aquellas fórmulas registrales más apropiadas para que los *trusts* inmobiliarios puedan desempeñar, en nuestro país, sin mayores entorpecimientos o dificultades, las actividades que se entiendan necesarias para proceder a la ejecución de los objetivos que, con su constitución, se persiguen (2).

(1) Quiero decir, sin precisar reforma legislativa alguna. Los principales problemas los plantea la vigencia de las leyes desvinculadoras. El artículo 1 de la Ley de 27 de septiembre y de 11 de octubre de 1820 suprimió «todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otra clase de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquiera otra naturaleza». Cfr. CASTRO, «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares», en *Estudios Jurídicos del profesor Federico de Castro*, I (1997), pág. 680 y sigs. La llamada «autonomía privada» forma parte del derecho fundamental de libertad y el libre desarrollo de la personalidad, por lo que su «restricción» o «configuración» exigen norma con rango de ley, sujeta, en todo caso, al test de proporcionalidad: cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (2002), págs. 346-348. Cfr. sin embargo, nota 18.

(2) GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* (1988), ha destacado, con especial vigor, la importancia de la eficacia defensiva y ofensiva de los asientos del Registro de la Propiedad. El texto se limita a analizar, sirviéndose para ello de la comparación con otras instituciones o situaciones jurídicas semejantes, las ventajas que puedan derivarse de la inscripción de las fiducias —y de los bienes, con que se dotan— en el citado Registro. Por ello, primero, se habla de la protección que proporciona la tercería registral; a continuación, de la defensa que produce la inscripción frente a la pauliana; después, de la defensa que concede el asiento contra disposiciones irregulares de bienes del fondo realizadas por el gestor; y, finalmente, la irresponsabilidad de fundador, gestor y beneficiarios por las deudas del fondo.

2. *El trust como patrimonio destinado.* Constituye uno de los pilares fundamentales del *trust* la afectación de una masa de bienes (nada impide que sea sólo uno, pero no suele ser eso lo más frecuente), por tiempo más o menos indeterminado, a fines específicos con obligación, en su caso, de proceder a la restitución del sobrante cuando se hayan cumplido.

La vinculación a determinados fines de un conjunto de bienes exige, como mínimo, que los elementos vinculados constituyan un patrimonio separado y autónomo, es decir, con vida propia; y, por ello, irresponsable frente a obligaciones diferentes de las generadas en la ejecución de los fines perseguidos (3).

3. *La preferencia de los acreedores del fondo sobre los bienes que lo componen.* En efecto, para poder hablar de independencia y autonomía patrimonial de un fondo es necesario que concurren, al menos, dos efectos, uno positivo y otro negativo:

- i) Por una parte, es preciso que los bienes afectos queden sustraídos a posibles responsabilidades por razón de negocios propios del constituyente del fondo, del gestor o de sus beneficiarios (4).
- ii) Por otra, es necesario que los bienes afectos respondan exclusivamente del cumplimiento de las obligaciones resultantes de las operaciones realizadas en ejecución de los fines perseguidos (5).

(3) La creación de un patrimonio separado de estas características no parece que pueda dejarse sin más, en nuestro Derecho, a la libre voluntad de los interesados. Cabe, por ello, plantearse si este resultado no excede de las posibilidades de la autonomía de la voluntad y si, por tanto, exige, para ser reconocido, una autorización expresa del legislador. En efecto, la opinión más común es que el número de patrimonios especiales está cerrado y, por tanto, que la creación de nuevos tipos exige una habilitación formal (general o especial) del legislador: CASTRO, «Patrimonio», en *Estudios de Derecho Civil* (1972), pág. 40. Aunque también es cierto que, a veces, se presentan casos (capellanías y patrimonios por suscripción como cuestaciones públicas, festivales benéficos e iniciativas análogas) en que no es raro que la fuerza de los hechos se imponga al Derecho y acabe forzando, pese a su manifiesta irregularidad del supuesto, una solución acorde con los distintos intereses en juego, ya que un tratamiento estrictamente dogmático del problema no haría otra cosa que agravar la enfermedad que se intenta curar (un ejemplo de la especial «fuerza normativa de lo fáctico»). Cfr. CASTRO, cit., pág. 62, para su consideración como asociaciones.

(4) Es cuanto menos dudoso que, en nuestro Derecho, para crear patrimonios afectos un fin, por acto *inter vivos*, no haya otra vía que la fundación (como quiere CASTRO, *El patrimonio*, cit., pág. 61). Cfr., por ejemplo, artículo 641 del Código Civil que (si se conjuga con 643.2), como dijo GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios*, I (1852), pág. 303, permite constituir un verdadero «fideicomiso contractual».

(5) La consideración del patrimonio destinado o afecto, como un patrimonio especial y separado con su propia y específica autonomía, impone ciertas reglas de funcionamiento de entre las que hay que destacar especialmente dos: i) en primer lugar, la dinámica del patrimonio afecto o vinculado pasa a ser regulada o gobernada normalmente por el principio de subrogación real: es decir, en caso de disposición de cualquiera de sus activos, el que entra tiene que ocupar el lugar y posición del que sale (*res succedit in loco pretii et pretium in loco rei*); ii) en segundo lugar, el patrimonio diferenciado y los patrimonios

Ahora bien, no cabe un régimen especial o separado de responsabilidad si al tiempo no se constituye un sistema especial o autónomo de gestión o administración. En Derecho no hay, como es sabido, poder sin responsabilidad, pero tampoco responsabilidad sin poder (6).

4. *La autonomía del fondo: el llamado «efecto real».* En resumen, podrá decirse que los patrimonios autónomos están separados o son verdaderamente independientes sólo si es cierto que generan una especie de afección o sujeción «real» de los activos, que los componen o integran, al pago de las deudas contraídas en ejecución de los fines que se persiguen con su creación.

Observan, por ello, con toda razón, los mercantilistas que, cuando se aportan bienes o se dota un fondo separado —como cuando se constituye una hipoteca— se tiene que producir la «afección real» de los bienes aportados al pago de las deudas contraídas por razón del fondo; lo que, para que pueda admitirse —como pasa con todo «efecto real»— exige siempre el concurso de algún tipo de publicidad, sea ésta de hecho (cmpr. arts. 609 y 1.095 del Código Civil), o sólo de derecho o registral (cmpr. arts. 606 y 1.875 de ese mismo Código) (6bis).

5. *Conclusiones.* En resumen, *siempre que se incorporan bienes a un patrimonio verdaderamente autónomo, por ese solo hecho, se transforman en inalcanzables para los acreedores de quienes los dotaron, exactamente igual que si los hubiese transmitido o gravado en favor de un tercero.*

La separación «real» del fondo autónomo justifica, por lo demás, que se le tenga por un nuevo ente con patrimonio propio, de modo que, a partir de su constitución, las relaciones jurídicas ya no podrán establecerse, directamente, entre los fundadores y los acreedores del fondo, sino, por un lado, entre el fondo y los fundadores y, por otro, entre el fondo y sus acree-

personales de los que segrega o disocia (en nuestro caso, los del fundador, gestor y beneficiarios) podrán perfectamente establecer relaciones jurídicas entre ellos sin que se produzcan los fenómenos de «confusión de obligaciones» y «consolidación de derechos». Cfr. CASTRO, *El patrimonio*, cit., pág. 58.

(6) La organización de un sistema estable y especial de administración implica aceptar que habrá una disociación más o menos intensa y prolongada —con todos los riesgos que eso conlleva, como veremos— entre propiedad (de los bienes afectos) y control (sobre ellos). Es ahí donde jugará su papel la publicidad registral. Cfr. pág. 11 y sigs. del texto.

(6bis) La característica básica de esta forma de estructurar los patrimonios separados viene dada por la creación de un nuevo «sujeto» al que unitariamente se le atribuyen los derechos y las obligaciones. Lo que va a determinar, por lo pronto, que el patrimonio afecto se constituye en un patrimonio aislado del de sus fundadores; los acreedores del fondo tienen preferencia sobre los bienes del fondo frente a los acreedores de los fundadores; el patrimonio tiene su propio sistema de gestión y administración y se liquida separadamente, de lo que se sigue que incurre en su propia quiebra o suspensión de pagos; tiene su propia nacionalidad y domicilio; puede adquirir la cualidad de comerciante, etc. Cfr. PAZ ARES, «Comentario al artículo 1.669», en MINISTERIO DE JUSTICIA (COORD.), *Comentario del Código Civil*, 2 (1991), págs. 1367-1368.

dores (7). Es, por todo ello, por lo que puede hablarse de, por una parte, «relaciones internas» y, por otra, «relaciones externas».

II. METODOLOGÍA

1. *Distintos medios para conseguir el mismo fin.* Nada de lo dicho hasta ahora, si juzgamos las cosas sin excesivos prejuicios, parece excepcional, ni tan siquiera extraño.

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que nuestra legislación civil conoce —y por tanto regula— situaciones muy parecidas a la que nos ocupa, aunque esa desperdigada regulación, a la hora de fijar los requisitos necesarios para que la separación y autonomía sean posibles, no siempre haya seguido una doctrina uniforme, o idénticos principios.

Esto es, nuestro Derecho, cuando se trata de disciplinar o regular patrimonios o fondos autónomos, no se ha mostrado ni mucho menos dogmático: ni ha utilizado los mismos medios ni ha perseguido siempre los mismos resultados (tampoco, como veremos, por lo que se refiere al uso del Registro) (7bis).

(7) «Las limitaciones reales a que un derecho puede ser sometido pueden ser de tal intensidad y extensión que afecten no sólo a ciertas facultades parciales, sino que lleguen a abarcarlas todas en el sentido de no permitir otro ejercicio del derecho que el que conduzca a la consecución de un fin determinado. Estas afectaciones pueden ser de distinto grado, y tener ya meros efectos internos entre los sujetos de la relación jurídica, ya efectos plenos de carácter real extensivos a terceros. Para llegar a una tal afectación, exige este autor tres requisitos: acuerdo sobre un fin objetivamente determinado, establecimiento de una administración que dirija el derecho a la ejecución de ese fin y *un acto externo (tradición, inscripción, etc.) equivalente a la transmisión del derecho*»: cfr. RHODE, *Juristische Person und Treuhand* (1932), pág. 73 y sigs., a quien cita Cossío, «Teoría del Patrimonio», en *Estudios en homenaje al profesor Serrano Serrano*, 1, pág. 36.

(7bis) Nuestro Derecho —siempre que quiere que un fondo patrimonial cobre vida propia y, por tanto, funcione independiente de los patrimonios personales del fundador, del gestor o los posibles beneficiarios (separación real)— exige algún tipo de publicidad (como lo exige para la constitución de cualquier otro efecto real (cfr., para la necesidad de tradición, arts. 609 y 1.095 del Código Civil), pero no siempre dispone que sea, precisamente, la registral. Nos encontramos así, con que, por lo general, se contenta con la publicidad de hecho, siempre que la notoriedad de los comportamientos y actitudes de las personas implicadas, y en su caso la posesión material de las cosas, sirva para dar a conocer, con la claridad necesaria, *erga omnes*, la separación patrimonial pretendida. En esos casos, si, por la razón que sea, se echa mano del Registro —y por tanto la publicidad formal u oficial que produce— es más bien como un instrumento para restringir o contrarrestar la publicidad que los hechos generan, esto es, para destruir la apariencia posesoria, cuando, por demasiado tosca, no refleje o se corresponda con la realidad. La decisión sobre cuándo sucede eso corresponde tomarla al legislador. Por ello, en algunos casos y circunstancias se reconoce a la inscripción valor constitutivo tanto más acentuado cuando más se puedan hacer servir los derechos en general y fondos patrimoniales en particular (con o sin personalidad jurídica) en maniobras especulativas o fraudulentas. Lo publicado tiene una tendencia a producir efectos públicos, es decir, a producir una vinculación

2. *Metodología: análisis de problemas.* Es por todo ello que, para enfrentarse a una cuestión «abierta» como esta de la importancia o el papel que, a falta de la oportuna regulación legal, deba darse al Registro de la Propiedad en el desenvolvimiento del trust, parece lo más conveniente inclinarse por un planteamiento (y un tratamiento) realista del problema.

Es decir, por un planteamiento que —después de aislar y por tanto identificar los problemas más habituales que plantea la figura cuya inscripción nos ocupa— pase luego a revisar (para después valorar) las distintas respuestas o soluciones que se han ensayado por el legislador en casos o situaciones previamente identificadas como parecidas o similares; para, finalmente, analizar la posible contribución que pueda hacer el Registro.

III. PRIMER PROBLEMA: LA DISTINCIÓN ENTRE CAPACIDAD Y PERSONALIDAD: EL RECONOCIMIENTO DE AUTONOMÍA PATRIMONIAL

1. *La distinción entre capacidad y personalidad.* La distinción entre capacidad y personalidad, hoy tan en boga en la doctrina y la jurisprudencia (sobre todo, procesal), no constituye un logro tardío o de última hora de nuestro saber jurídico. Más bien constituye uno de esos frutos primerizos que, por serlo, ya fue tenida en cuenta, a la hora de ordenar la vida civil y mercantil, por nuestra más venerable tradición jurídica.

Sólo por poner algunos ejemplos: en Derecho Romano, los hijos o *fili-familiae*, aun siendo *liberi*, adquirían para el *pater* (personalidad sin capacidad) y, en Derecho Medieval, el buque, como la casa familiar, se entendía —como se entiende todavía hoy en día— que constituía un centro autónomo de imputación de derechos y obligaciones (capacidad sin personalidad).

Basta para comprobarlo, por lo que al buque se refiere, con leer los artículos 17 (en que se nos habla de «obligaciones del buque»); 582 («responsabilidades del buque»); 586 («representación del buque»), o 827 («imputabilidad por abordaje»), todos del Código de Comercio (8).

2. *El refrendo de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* La separación conceptual entre capacidad y personalidad ha sido, en todo caso, consagrada por la

general, porque el «conocimiento sin protesta» puede elevarse con facilidad a «consentimiento»: *quod omnes tangit, omnibus consentire debetur*. Para la historia de este antiquísimo glosema, cfr. BRUNNER, «Dall' investitura per grazia di Dio al principio mocarchico», en *Per una nuova storia costituzionale e sociale* (1970), pág. 165 y sigs.

(8) Es irresistible la cita aquí de los capítulos 13 ó 15 y 27 del *Llibre del Consolat della Mar*, en los que se afirma que es el propio buque quien paga, ajusta la tripulación o recibe el flete. Todavía en el Congreso de Génova de 1892 se sostenía que «las deudas por las que responde el naviero limitadamente son, en realidad, deudas del buque». Cfr. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, 2 (1980), pág. 532.

nueva Ley Procesal Civil, que, siguiendo una antigua doctrina jurisprudencial, ha dado un paso decisivo en este punto.

En sus artículos 6.4 y 7.5, en efecto, se reconoce a las masas de «bienes sin titular» capacidad para ser parte en el proceso; es decir, se les atribuye capacidad jurídica procesal activa y pasiva.

La solución, apuntada en primer lugar por la doctrina, vigente desde hace tiempo en el Derecho comparado y admitida finalmente por nuestro legislador en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, consiste, como antes adelantamos, en desvincular la «capacidad para ser parte (en el proceso), del concepto de personalidad» (9).

3. *La publicidad registral y el reconocimiento de autonomía patrimonial.* Pues bien, llegados a este punto, podemos adelantar que, para reconocer fondos con capacidad (tengan o no personalidad), nuestra tradición jurídica no ha exigido, por lo general, ninguna inscripción o advertencia previa en algún tipo de Registros Públicos —es decir, ninguna clase de publicidad oficial— y se ha contentado normalmente con la publicidad de hecho (10).

(9) Los nuevos sujetos procesales sin personalidad civil no son susceptibles propiamente de representación por terceros; más bien debe hablarse de «legitimación, entendida como poder de disposición sobre derechos no propios»: BADOSA, «Examen de tres “esquemas fiduciarios” en el Derecho español», en *Estudios jurídicos en homenaje del profesor Luis Díez-Picazo, I* (2003), págs. 233-235 donde se ofrece un listado de los casos en que se ha reconocido y protegido por el legislador el funcionamiento práctico de una masa de «bienes sin titular». La limitación de que la indeterminación del titular sea transitoria (cfr. 7.2 LEC), aún suponiendo que juegue como una verdadera restricción, se presta a interpretaciones flexibles.

(10) La libertad de creación de patrimonios separados debe rechazarse con independencia de que los argumentos, que se barajan en apoyo de la prohibición, tengan «desigual valor». En efecto, «la sujeción de los bienes destinados a un vínculo real en lugar de personal debe estar expresamente previsto en la Ley; la autonomía patrimonial debe reconocerse aunque sea genéricamente por el legislador; *la separación entre la responsabilidad particular y la del fondo sólo puede derivar de la ley, ya que dicha separación es contraria al carácter esencialmente unitario de la responsabilidad patrimonial o a la paridad de trato que regula el concurso de acreedores*»: PAZ ARES, cit., pág. 1366. Lo que no le impide decir un poco antes que «sería absurdo (?) hacer depender la calificación jurídicamente decisiva (como “sociedad externa” y por tanto con personalidad) de un hecho sucesivo, extrínseco y accidental (la publicidad) y no de un hecho constitutivo, intrínseco y esencial (?) (la voluntad contractual) (...). En consecuencia la personalidad jurídica, en cuanto elemento estructural del negocio, se anuda —como no podía ser de otra forma (?)— a la voluntad de las partes». Una terminología arbitraria y un dogmatismo extremo se aúnan para defender una posición que, como recuerda su autor, no tiene adeptos ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. ARROYO, «Los patrimonios fiduciarios y el trust», en *RCDI* (2006), pág. 11 y sigs., se olvida de mencionar en su relación al, probablemente, más irreductible partidario, en Derecho español, de reconocer plena capacidad a las partes para construir, por su propia voluntad, sin necesidad de ningún otro requisito de forma o publicidad, patrimonios especiales y autónomos. Si debe regir aquí alguna máxima de Derecho —puesto que la separación de bienes de un patrimonio implica siempre perjuicio para sus acreedores— es la de que lo que *omnes tangit, omnibus consentire debetur*. Precisamente la publicidad, también la de hecho, si se hace con determi-

Este principio general, implícito en la legislación vigente, ha sido asumido, tanto por la doctrina mayoritaria como por la jurisprudencia (11).

Para demostrarlo, vamos a servirnos de tres ejemplos: el del hijo menor de edad, que vive de forma independiente; el de las sociedades civiles y mercantiles, y el de la «herencia yacente».

nadas garantías y condiciones, constituye un sustitutivo o equivalente que permite prescindir de la, en otro caso, necesaria intervención de los terceros que resulten perjudicados por el acto o contrato publicado.

(11) La protección del tráfico no sólo justifica que, por una parte, la publicidad registral sea necesaria para dar a conocer hechos cuya existencia no desvela la mera apariencia —por ejemplo, para que la derogación o modificación por voluntad de las partes de regímenes legales o contractuales (como puedan ser los estatutos de una sociedad o el alcance de sus poderes) pueda perjudicar a terceros—. La protección del tráfico no sólo justifica que, por otra parte, practicada la inscripción, en beneficio de terceros, se subordine el derecho (y el hecho que lo fundamenta) a la apariencia registral creada, aunque ya no se corresponda con la realidad (lo que inevitablemente alterará la eficacia típica u ordinaria de los actos o hechos publicados, incluso en perjuicio del mismo titular registral). En efecto, «no es lo mismo que lo no inscrito no perjudique a tercero (...), que lo inscrito perjudique al titular registral en cuanto responsable de una apariencia en la que los terceros ponen su confianza»: PEÑA, *Derecho de Familia* (1989), pág. 184, nota 67. «Una modificación determinada por los mismos contrayentes no debe prevalecer frente a terceros si el registro sigue publicando poderes y facultades (art. 38.1 LH) que, por la modificación, no se corresponden con la realidad. Esto es lo que ocurre en otros regímenes estatutarios (propiedad horizontal, cfr. STS de 29-4-1970) y es lo que parece apoyar el 1.219». La falta de inscripción de los cambios de situaciones ya inscritas no «perjudica a los terceros protegidos por el artículo 34 LH. Pero (tampoco) (...) al tercero civil; es decir, a cualquier tercero que entre en relación con el consorcio ignorando que el régimen (...) no es, en cuanto a un inmueble el que resulta del registro» (en contra, CÁMARA, «Estudio sobre la propiedad horizontal», en *Estudios de Derecho Civil* (1985), pág. 369. *Pero hay todavía, y es lo que conviene ahora destacar, algo más importante.* La publicidad (sea de hecho o registral) revela su verdadera fuerza e importancia cuando pasa a integrarse como requisito imprescindible en el proceso constitutivo de un derecho; lo que suele pasar siempre que se pretenden crear, por unos pocos (normalmente, las partes) relaciones jurídicas con eficacia ejecutiva directa frente a terceros (es decir, contra todos o *erga omnes*): un efecto o resultado que, evidentemente, excede con mucho del poder de la voluntad y que tiene un matiz de Derecho público (*quod omnes tangit, omnibus consentire debetur*). La publicidad (de hecho o derecho) será, en consecuencia, imprescindible, siempre que las partes contractuales quieran adquirir derechos con eficacia ejecutiva directa frente a terceros que no tuvieron arte ni parte en su proceso de constitución. Así, por ejemplo, antes de la personalidad jurídica (de la sociedad) no puede decirse, como hace algún autor, que esté la «nada». Están, evidentemente, los patrimonios singulares de los socios que, en beneficio de sus acreedores, deben subsistir, a todos los efectos, con su régimen unitario de administración y responsabilidad a falta de suficiente publicidad (sea registral o por notoriedad) del acto de separación. En el tráfico mercantil (especialmente rápido), es incluso frecuente que se estime insuficiente la publicidad de hecho y se exija por el legislador publicidad registral para que determinados actos o contratos (de escisión o separación) produzcan sus efectos típicos. En efecto, nadie puede decir que exista la escisión o separación de parte de un patrimonio si no se libera el patrimonio separado de responsabilidades por razón de los créditos anteriores que soportaba el patrimonio matriz: cfr. artículo 927 del Código de Comercio. Para el llamado «efecto real» de la personalidad jurídica o la autonomía patrimonial, cfr. apartado «introducción» del texto.

4. *El caso del hijo menor de edad.* Por lo que a los hijos se refiere, se ha considerado siempre suficiente la notoriedad de la salida de la casa paterna (domicilio propio) y una forma de vida independiente (es decir, sin oposición de sus padres) para empezar a atribuir al menor la propiedad exclusiva de los productos de su industria o trabajo (*a contrario*, art. 321 del Código Civil) (12).

La notoriedad de una gestión autónoma se viene estimando suficiente para advertir a los terceros —a los acreedores de los padres pero también a los acreedores del hijo— sobre el hecho de que el menor adquiere exclusivamente para sí; y, por tanto, que los frutos de su trabajo no pasan a formar parte del patrimonio familiar sino de su propio patrimonio; y, en consecuencia, que no se debe ni puede responsabilizar al hijo por la conducta de los padres ni a los padres por la conducta de su hijo (13).

(12) Salvo en el hecho de fijar la edad (dieciséis años) a partir de la cual puede tenerse por emancipado al hijo que vive con independencia de los padres, siguen vigentes las apreciaciones de la doctrina sobre el viejo artículo 160 del Código Civil (redacción originaria). Para la discusión, cfr. CASTRO, *Derecho Civil de España*, 2 (1952), págs. 196-197, que como es sabido reducía el alcance de su significado literal. La nueva redacción del artículo 319 del Código ha aclarado algunas dudas pero no todas: sea o no un caso de suspensión de la patria potestad o una verdadera emancipación, lo cierto es que el nuevo precepto equipara al menor que hace vida independiente al emancipado «para todos los efectos». Es decir, que «se les equipara en cuanto a la capacidad de obrar y a la independencia jurídica». La revocación libre por los padres, por lo demás, contradice el artículo 158 del mismo Código. Cfr. PUIG FERRIOL, «Comentario al artículo 319», en MINISTERIO DE JUSTICIA (coord.), *Comentario del Código Civil*, 1 (1991), págs. 878-879.

(13) Para el Derecho Histórico, cfr. OTERO, «Liber Iudiciorum 3.1.5», en *Estudios Histórico-jurídicos*, 1 (2006), pág. 189. La emancipación para que produzca todos sus efectos exige el efectivo abandono de la casa familiar, lo que presupone no sólo la (auto)postulación del hijo como nuevo sujeto o persona (casa propia) sino también la tolerancia por parte del padre durante un período prolongado de esa situación. La emancipación «formal» (escritura o habilitación judicial) no constituye más que un remedio jurídico pensado contra un posible cambio de criterio del *pater* (ya que implica renuncia irrevocable a la reintegración por la fuerza). El padre conserva ese derecho porque no ha dejado de ser responsable (por el hecho de la marcha del hijo) de los daños que pueda éste causar a terceros. La salida «pactada» o consensuada solía confirmarse con el anticipo de legítima o la entrega de dote (especialmente si hubo contrato matrimonial/sucesorio) que se festejaba públicamente (ceremonia de ordenación sacerdotal o banquete de boda). La expulsión o el abandono de la casa (sin autorización) llevaba consigo la necesidad de tomar *un nuevo nombre sin patronímico*: no servía, por tanto, el apelativo de «Méndez» o «González», sino que se echaba mano de «Olmo», «Castellanos», o «Herrero», que suelen ocultar, también, la condición de hijo natural, de extranjero o judío/moro y denotan, además, el dominio de un arte que permite valerse por sí mismo («ganarse la vida»). En cuanto a los acreedores del padre, pierden sus derechos sobre las ganancias del hijo (la emancipación es *res inter alios acta*):

- i) Sólo si se publica formalmente la separación (aviso o ceremonia con valor de pública notificación) a la que no pueden oponerse (los *liberi*, al contrario que los esclavos, gozan de cierta libertad de movimiento, incluso con el tiempo para contraer matrimonio): el ejemplo de Jesús, para revalorizar la posición del hijo, como la de María, para el de la mujer y esposa, fue, sin duda, determinante.

5. *El caso de las sociedades civiles y mercantiles.* Este principio de ordenación o regulación, propio del Derecho de Familia, después de muchas y enconadas discusiones, por obra de la jurisprudencia, ha terminado por aceptarse, también, en sectores jurídicos distintos, como, por ejemplo, en el Derecho de sociedades:

- i) La autonomía patrimonial (en este caso, la misma personalidad civil), tampoco aquí se concede, se ejerce; por ello, se reconoce por notoriedad y se presume o deduce del hecho de su ejercicio. A todos los efectos se tiene por libre y autónoma una voluntad que se manifiesta repetidamente en la vida jurídica como independiente.
- ii) La notoriedad de ese comportamiento, en efecto, mientras no se demuestre otra cosa, constituye prueba suficiente de la existencia de personalidad civil y, por tanto, requisito bastante para el reconocimiento de una capacidad propia con un ámbito, también propio, de responsabilidad (14).

6. *El caso de la herencia yacente.* La herencia yacente, por lo demás, se ha tenido siempre por una especie de patrimonio autónomo; es decir, «una uni-

-
- ii) O si, siendo pública la separación (a su vista, ciencia y paciencia), esos acreedores dejan pasar un plazo de tiempo prudencial sin interrupción o protesta (del mismo modo que en la *usucapio*): entre tanto, los acreedores (del *pater* y del hijo) tienen acción contra los dos y eligen, en caso de reclamación, el patrimonio contra quien más les conviene dirigirla (hay riesgo de fraude en la separación: puede haberle ido mal al padre y bien al hijo y a la inversa).

En cualquier caso, lo mismo que la emancipación formal (por edad o matrimonio), sin efectiva salida o abandono de la casa familiar, no sirve de nada frente a terceros (mantiene al hijo en la disciplina del padre o hermanos, en su caso, hermano mayor o *hereu*, ya que responden por su conducta); tampoco sirve para nada la marcha del hogar sino se le suma la notoriedad de una vida independiente. La publicidad, que se precisa, no se consuma con el simple acto instantáneo de abandono, sino que exige continuidad en la separación que refleje una voluntad firme de rotura de los lazos familiares (es decir, exige la notoriedad que genera un prolongado uso).

(14) La disputa se centra en el sentido que hay que dar al segundo párrafo del artículo 116.2 del Código de Comercio. Por todos, GIRÓN, *Derecho de Sociedades* (1976), pág. 145 y sigs. También PAZ-ARES, *Comentario al artículo 1.669 del Código Civil*, en MINISTERIO, cit., pág. 1344. La discusión parece desenfocada: lo que preocupa al codificador es que, sin inscripción, surja una persona mercantil que sujetará a todos los terceros con quien contrata al régimen especial del Derecho Mercantil (huída del Derecho Común). Para la tradicional (antigua) preferencia de los acreedores mercantiles sobre los civiles, cfr. artículo 913.2 del Código de Comercio derogado. Para la discusión sobre el abuso de la personalidad jurídica, CASTRO, «Ofensiva contra el concepto de persona jurídica», en *Estudios*, cit., pág. 1493 y sigs. Para su carácter instrumental, DIEZ-PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil, I* (1967), pág. 170 y sigs. Según PAZ ARES, cit., pág. 1360, el efecto «real» (separación de patrimonios) es propio o típico de la personalidad jurídica y, por ello, siempre que se produce, quieranlo o no las partes o el legislador, habrá personalidad aunque no se diga expresamente.

dad abstracta de bienes que constituye un ámbito independiente de responsabilidad y un centro autónomo de imputación de derechos y obligaciones» (15).

El patrimonio del causante persiste a pesar de la muerte de su titular y mantiene no sólo su identidad sino también una dinámica propia y por tanto autónoma. Es decir, subsiste, aun después del fallecimiento de su titular, su antigua capacidad para generar derechos nuevos y contraer nuevas obligaciones, que pasarán a clasificarse para su graduación y pago, en los términos que resultan del capítulo relativo a la clasificación de créditos (16).

Constituye buena prueba de ello el que el propio Código en ese capítulo mencione créditos u obligaciones que no estaban en el patrimonio del causante, pero con las que debe cargar la herencia, como son los créditos por los funerales del deudor, por gastos de su última enfermedad, entierro o testamento (16bis).

7. *La publicidad necesaria para el reconocimiento de autonomía patrimonial.* Podemos ya, a partir de estos ejemplos, formular una primera regla o principio de organización de las masas patrimoniales.

El reconocimiento de autónoma capacidad, o movilidad patrimonial —que no tiene por qué implicar siempre personalidad como sucede en el caso de la «herencia yacente»— no suele condicionarse, en nuestro Derecho, por lo general, a la práctica de asiento registral alguno.

(15) Sobre todo ello, PEÑA, *La herencia y las deudas del causante* (1967), pág. 200 y sigs. Lo contrario de la separación es la confusión de patrimonios. Conviene advertir que la imposición de responsabilidad ilimitada por las deudas de otro (por ejemplo, de los socios por las deudas sociales) no supone forzosamente confusión de patrimonios. En el caso de confusión, hay sólo un patrimonio. En efecto, si se mezclan los activos, no queda más remedio que mezclar los pasivos. Es una consecuencia de la imposibilidad de poder colocar un mismo activo a la vez en dos patrimonios. En el primer caso, en cambio, se trata de otra cosa. *El que monta una organización o establecimiento para facilitar la consecución de ganancias, y aprovecharse de las que pueda producir, tiene también que hacerse cargo de las pérdidas.* Otra cosa sería dar carta blanca a la famosa «ley del embudo». Esta es la razón de que, por ejemplo, se haga a los socios responsables ilimitados subsidiarios (sea o no solidariamente) por las deudas de la sociedad: el que quiere las ganancias debe soportar las pérdidas.

(16) Ha destacado este hecho insistentemente PEÑA, *La herencia*, cit., cfr. artículo 1924.2, B y C del Código Civil.

(16bis) El caso de la herencia yacente es, a este respecto, muy interesante porque todos aceptamos que es un patrimonio especial y autónomo y que carece de personalidad jurídica como le pasa al *trust*. Probablemente es en el artículo 45 de la Ley Hipotecaria y 166 de su Reglamento donde se expresa con más claridad la idea de que la herencia es una universalidad viva que mantiene su dinámica propia, es decir, que asume o tiene capacidad para contraer deudas y obligaciones nuevas; y todo ello sin necesidad de que se practique asiento alguno que haga pública oficialmente la subsistencia de la masa hereditaria que se mantiene con su antigua autonomía a pesar de la muerte del causante. Especialmente importante es que *distinga este último precepto, con toda claridad, las deudas del causante de las de los herederos y que permita el embargo por deudas propias de la herencia, es decir, aunque sean los herederos desconocidos o indeterminados.*

En efecto, en principio, no es necesaria la publicidad registral, sino que basta con la publicidad de hecho (17). En consecuencia, habrá que presumir la capacidad patrimonial, en todos aquellos casos en que una masa de bienes diferenciada se manifiesta de forma independiente y, por tanto, la voluntad que lo gobierna se autodetermina, en mayor o menor grado, a vista ciencia y paciencia de todo el mundo (18).

(17) «Dejando de lado alguna opinión aislada que entendía que la publicidad había de ser registral (CASTRO, *Persona*, pág. 281), la práctica totalidad de los tratadistas estiman que el artículo 1.669 del Código Civil exige publicidad de hecho (vid. SCAEVOLA/CASTÁN, *Comentario* 25, pág. 779; DIEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema* 2, pág. 519; LACRUZ, *Elementos* 2.3, pág. 398; PUIG BRUTAU, *Fundamentos* 2.2, pág. 493; CÁMARA, *Estudios*, pág. 179 y sigs.; CAPILLA, *Comentario*, Edersa; GIRÓN, *Derecho*, pág. 239)»: PAZ-ARES, cit., pág. 1357. Entre las muchas y buenas exposiciones con que contamos de la opinión común, merece especial atención, por su concisión, el estudio de FERNÁNDEZ NOVOA, «Las notas distintivas de las cuentas en participación», en *RDM* (1962), pág. 429 y sigs., en el que, previo análisis de la tradición histórica (con cita de SAVARY, LASTIG y GOLDSCHMITT: «no hay lógica sino dentro de una tradición histórica»), a partir de un «caso difícil y excepcional» (cuentas en participación), consigue reformular con extrema claridad el fundamento de todos los clásicos dogmas societarios. Una forma de proceder que está, por cierto, en las antípodas del dogmatismo de los que piensan que detrás de los tipos o regulaciones concretas, anida lo que llaman «verdadera» esencia o (super) «concepto» que permitirá —por una cascada de sucesivas «reducciones teleológicas» y sirviéndose del «método de inversión»— reducir a la nada el significado literal de preceptos básicos del Código Civil como los artículos 1.665, 1.667, 1.669 y 1.670. Así, siempre que convenga, no se tendrá empacho alguno en afirmar que «la dicción de la norma (1669.2), aunque sea un poco más confusa, sin duda, quiere decir eso» (es decir, lo que se quiere que diga). Así, para poner un ejemplo, donde dice la «imperfecta» norma que «carecen de personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios», hay que entender que lo que, en verdad, «quiso decir» (o farfullaba sin saberlo) es que carecen de personalidad las sociedades cuando se acuerda que los «pactos (aunque no sean secretos) no tengan trascendencia frente a terceros». O que, cuando dice (el mismo precepto), que «carecen de personalidad jurídica las sociedades en que cada socio contrate en su propio nombre con los terceros», lo que, sin saberlo, realmente quiso decir el legislador es que por «el hecho de que los socios de una sociedad externa actúen en nombre propio, no convierten a la sociedad en interna» (es decir, exactamente lo contrario de lo que literalmente dijo). Para sostener esta reducción se echa mano del artículo 1698.2 (de «lamentable dicción») —para que, a su vez, reducido teleológicamente, porque no es más que «una desafortunada recepción de la *actio in rem verso*— conceda, como debiera (?), acción directa al tercero —y no al socio— frente a la sociedad». No otro, por cierto, es el destino que se prepara a los artículos 241, 126 y 147 del Código de Comercio o a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (evidentemente, «equivocada»). En fin, para comprender el sentido que tienen todos estos preceptos en la hipótesis tradicional, cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, cit., págs. 435-436. En todo caso para la exégesis del pensamiento del codificador civil que liga personalidad y publicidad registral, cfr. PEÑA, *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, (2006), pág. 49 y sigs.

(18) Niega PAZ-ARES la necesidad de la publicidad (registral o de hecho), para el reconocimiento de la personalidad, en base a tres argumentos principales: i) la sociedad no es más que una especie de asociación y, según el artículo 22 de la Constitución, la inscripción no puede tener eficacia constitutiva; ii) los acreedores personales de los aportantes-perjudicados, en beneficio de los acreedores del fondo, por la aportación, no

8. *Autonomía patrimonial y publicidad registral: consecuencias para el trust.* Si aceptamos estos principios, algo podemos decir ya sobre el régimen registral del *trust* formulando una especie de regla del siguiente tenor.

Si fuese cierto (como efectivamente lo es) que siempre necesita tener el *trust*, para ser operativo, un ámbito propio de gestión y un patrimonio propio de responsabilidad; también lo es que *nuestro Derecho, para el reconocimiento de autonomía patrimonial o capacidad jurídica a los fondos patrimoniales* (y, por tanto, del derecho a hacer suyas las ganancias y las deudas que se vayan generando como fruto de su actividad) *no ha exigido, ni exige, su inscripción en Registro Público alguno* ya que, por regla general,

pueden estar más protegidos que si lo que se hubiese hecho una donación; iii) la personalidad o «efecto real» genera riesgo sólo entre las partes (PAZ ARES, cit., págs. 1358, 1359 y 1345, respectivamente). Contra ello hay que decir lo siguiente: i) En primer lugar, no parece que fuese intención del constituyente proteger, con el artículo 22 de la CE, la libertad de constituir todo tipo de asociaciones: no lo hace, por ejemplo, con la libertad sindical (cfr. art. 28.1 CE y STS de 18-6-1997); lo razonable es pensar que el reconocimiento de la libertad de asociación no se formuló pensando en su posible uso para el tráfico mercantil, sino como un precepto «polémico» —y por tanto coyuntural— que trata de reforzar la protección de una libertad política (fundamental) frente a posibles arbitrariedades como las que sufrió en el régimen franquista; por lo demás, los preceptos de la Constitución hay que interpretarlos desde ella misma y no desde las leyes ordinarias como el Código Civil (art. 35) y están sometidos a la restricción implícita, de alcance general, de respeto «a los derechos fundamentales de los demás (los derechos de crédito de los acreedores particulares están protegidos por el art. 33 de la CE) y los bienes constitucionales (entre ellos está la seguridad jurídica: art. 9.3 CE): cfr. ALEXY, *Teoría*, cit., pág. 281; por último, si fuese cierto que el artículo 22 CE es aplicable a las sociedades, ¿por qué no se aplica también a la escritura pública ya que (según PAZ ARES, cit., pág. 1347) su falta produce nulidad total y radical ex artículos 1.667-1.668 del Código Civil? Conviene recordar que el derecho fundamental de asociación garantiza «la libertad de los particulares de crear asociaciones o adherirse a las ya existentes, *sin que los poderes públicos puedan poner obstáculos a esta iniciativa ni intervenir en su creación* [STC 3/1981 (RTC 1981, 31)]. ii) En segundo lugar, los acreedores particulares del donante pueden impugnar las donaciones ex artículo 643 del Código Civil. ¿Se pretende acaso sugerir que es ese también el régimen de las aportaciones (*contra* art. 927 del Código de Comercio)? iii) En tercer lugar, la «utilizabilidad» de la sociedad, por los terceros acreedores, para dirigirse contra un socio —siempre que puedan probar la existencia del contrato— no sirve para nada si la responsabilidad no deriva de un negocio hecho en nombre de la sociedad, ya que sólo entonces existe efecto representativo (cfr. art. 127 del Código de Comercio y 1.698 del Código Civil: ahora bien, ¿qué es la *contemplatio domini* (o la *praepositio*) ex artículo 1.717 del Código Civil —o ex art. 286 del Código de Comercio (factor notorio)— sino una forma especial de publicidad ya desde el mismo Derecho Romano —cfr., para *praepositio* e *iussum*: VALIÑO, «Las acciones *adyetitiaie qualitatis* y sus relaciones básicas en Derecho Romano», en *AHDE* (1967), pág. 380. iv) En cuarto y último lugar, si se equipara «personalidad social» a «preferencia» o «efecto real», es poco comprensible que se exija publicidad para escindir un bien del activo, y, en cambio, no para separar una parte o el todo del activo presente —e incluso futuro (ganancias)— y, sobre todo, para crear su presupuesto (un ente fingido con capacidad jurídica o autonomía); ¿la hipoteca especial exige publicidad; la general o hipoteca *omnium bonorum* (y el nacimiento del sujeto ficticio que la sustenta), no? ¿Podría bastar un mero contrato o un acto unilateral de voluntad para producir estas consecuencias?

se viene dando por satisfecho con la notoriedad del hecho de una gestión independiente.

IV. SEGUNDO PROBLEMA: EL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LAS ADQUISICIONES O GANANCIAS

1. *Capacidad y patrimonio no son lo mismo.* Ahora bien, capacidad no implica, siempre y necesariamente, patrimonio (mejor dicho, activo patrimonial). Para demostrarlo basta con reparar en que no tenemos por derechos patrimoniales a los bienes de la personalidad. Los hombres, por el hecho de serlo, son libres y gozan de capacidad jurídica, pero no por ello tienen que tener necesariamente activos patrimoniales (19).

El reconocimiento de un centro autónomo de imputación —es decir, con capacidad patrimonial— no exige como condición o presupuesto una previa dotación de bienes (nadie nace, como es sabido, con un pan debajo del brazo). Capacidad implica nada más que posibilidad de adquirir y, por tanto, sólo patrimonio potencial.

2. *El derecho a la apropiación de las ganancias.* Ahora bien, si las cosas son así, estamos en condiciones de sentar o formular *una segunda y no menos interesante e importante regla o principio.*

Reconocimiento de capacidad implica como mínimo derecho a la apropiación de todas las adquisiciones o ganancias que se vayan haciendo; adquisiciones o ganancias que, por tanto, por así decirlo, se constituyen en el acervo o contenido mínimo del patrimonio destinado o vinculado, que se reserva a los acreedores quienes, por tanto, siempre prevalecerán, por lo que a esas adquisiciones se refiere, frente a posibles acreedores particulares de los fundadores, gestores o beneficiarios.

Esta es la solución que resulta del viejo régimen de la llamada «comunidad o sociedad de gananciales», cuya naturaleza jurídica, que nada importa ahora, tantos quebraderos de cabeza ha dado y parece que seguirá dando a los juristas.

3. *Importancia práctica: la tercería de dominio.* La importancia práctica de todo ello está en que los acreedores del patrimonio separado pueden interponer tercería de dominio (incluso mediante tercería de dominio, por subrogación o legitimación extraordinaria) en caso de que se embarguen bienes del fondo, si se demuestran gananciales, aunque se hayan inscrito a nombre del gestor, de los futuros beneficiarios o incluso del fundador (cfr. art. 1.111 del Código Civil).

(19) Los derechos de la personalidad están siempre con la persona pero no en su patrimonio. Se denominan así, precisamente, para distinguirlos de los patrimoniales. De nuevo, CASTRO, *El patrimonio*, cit., pág. 45. Cfr. artículo 1.111 del Código (acción subrogatoria): «exceptuando los que sean inherentes a la persona».

No de modo distinto en que pueden hacerlo los acreedores particulares del menor, aunque se hubiesen inscrito los bienes por él ganados a nombre de sus padres; los acreedores de la sociedad, aunque se hubiesen inscrito a nombre del administrador; y los acreedores de la llamada «sociedad legal de gananciales» en el caso de que se hubiesen inscrito como privativos de cualquiera de los cónyuges (20).

4. *Ausencia de personalidad jurídica e inscripción registral.* La falta de personalidad, por lo demás, no debe ni puede constituir un obstáculo insalvable para la inscripción en beneficio del fondo de las adquisiciones producidas. El antiguo dogmatismo ha dejado paso aquí, como en casi todas las ramas del Derecho, a un excesivo pragmatismo.

Lo cierto, en cualquier caso, desde el punto de vista registral, es que la ausencia de personalidad no ha constituido un obstáculo insalvable para la inscripción de bienes inmuebles a favor de fondos patrimoniales con o sin personalidad. Sirva como ejemplo lo que pasa con la sociedad de gananciales (21).

El Reglamento Hipotecario y la doctrina, dejando a un lado purismos conceptuales, han tolerado sin mayores protestas que los inmuebles adquiridos por los cónyuges se inscriban para «su sociedad conyugal» (a pesar de que carece ésta de personalidad) (22).

Otro tanto de lo mismo puede decirse, por ejemplo, de los embargos de bienes que se vienen haciendo en la práctica con toda naturalidad a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, sean su objeto edificios u urbanizaciones (23).

5. *El derecho a la apropiación de las plusvalías.* El reconocimiento de personalidad propia, no por ello, evidentemente, debe tenerse por una cuestión intrascendente. Por lo pronto, la atribución de personalidad sirve —y mucho— para fortalecer la autonomía e independencia de los patrimonios separados a quienes se concede; lo que se aprecia, con facilidad, en el mo-

(20) No parece jugar aquí la discutible jurisprudencia que niega al cónyuge no demandado la tercería de dominio, si se embargan bienes gananciales, a pesar de que las deudas, contraídas por el gestor, «reclamadas como consorciales, deban tenerse por privativas en tanto no se demuestre lo contrario». Cfr. PEÑA, *Derecho de Familia* (1989), pág. 250.

(21) Para esa práctica, cfr. el artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

(22) En general, para conocer cómo se hacen las inscripciones en los Registros, cuando se trata de fondos sin personalidad; cfr. el anulado artículo 11.2, 3, 4 y 5 del Reglamento Hipotecario. Según su apartado cuarto: «Serán susceptibles de inscripción los bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a fondos, sean fondos de pensiones, de inversión interior o exterior, de titulación hipotecaria o de titulación de activos. *El acta de inscripción se practicará a favor de dichos fondos como bienes del patrimonio de los mismos*».

(23) Para la práctica de embargos a favor de las comunidades de propietarios, cfr. el apartado 5 del citado artículo 11 (anulado) del Reglamento Hipotecario.

mento de su disolución. En este caso, sus derechos deben cambiar necesariamente de sujeto, lo que obliga a arreglar algún tipo o forma de proceso sucesorio.

Pero hay algo más. La atribución de personalidad (24) (24bis) constituye presupuesto necesario (aunque no ciertamente suficiente) para el reconocimiento del derecho del fondo a hacerse con las plusvalías que generen los bienes aportados (25). Lo que, por lo demás, nos remite a otra *vexata questio* (muy relacionada): la de la necesidad de decidir, en caso de duda, si las aportaciones fueron hechas en propiedad o sólo en usufructo (a su vez, otro episodio más del permanente conflicto que, como veremos, enfrenta los acreedores del fondo con los particulares del constituyente o fundador) (26).

6. *Derecho a las ganancias y publicidad registral: consecuencias para el trust*. En cualquier caso, dejando ahora el problema de la falta de personalidad y la titularidad de las plusvalías, si aceptamos la regla o el principio antes formulado, podemos decir alguna cosa más sobre el régimen del *trust*.

(24) Según el artículo 1.687 del Código Civil, el riesgo de las cosas fungibles, de las que se deterioran con el paso del tiempo, o que se aportan para ser vendidas, es siempre de la sociedad. También, a falta de pacto, el de las cosas estimadas en el inventario; precepto que hay que poner en relación con el enigmático artículo 1.668 del mismo Código (¿dice inmuebles por muebles?: así lo pretende LACRUZ, *Elementos* 2.3, cit., pág. 406). Para las diferencias con el régimen de gananciales, cfr. nota 25.

(24bis) La escasa fuerza de la separación con que funciona, por ejemplo, la sociedad de gananciales resulta, con claridad, del artículo 1.373, si se la compara con el 1.699 del Código Civil (sociedades). Especialmente tajante, a la hora de expresar lo que la separación del fondo implica, está el artículo 589 del Código de Comercio: «por las deudas particulares de un partícipe, no podrá ser el buque detenido, embargado ni ejecutado en su totalidad, sino que el procedimiento se contraerá a la porción que en el buque tuviere el deudor, *sin poner obstáculo a la navegación*».

(25) Las plusvalías (al menos, las inmobiliarias) no han sido conceptuadas, por lo general, como ganancias de la sociedad de gananciales. «Las pérdidas o deterioro que hayan sufrido los bienes muebles de la propiedad de cualquiera de los cónyuges, aunque sea por caso fortuito, se pagarán de los gananciales, cuando los hubiere»: artículo 1425.1 (redacción originaria) del Código Civil. Hoy, tampoco las mobiliarias, vid. artículo 1398.2: «El pasivo de la sociedad estará integrado por las siguientes partidas: 2.º El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido *gastados en interés de la sociedad*». «En la nueva regulación rige, para los bienes privativos, el principio *res perit domino*, sin distinguir entre muebles e inmuebles»: PEÑA, *Comentario del artículo 1.398 del Código Civil*, en MINISTERIO DE JUSTICIA (coord.), cit., pág. 782. Cfr., en este sentido, artículo 1.360 (dote) (derogado).

(26) La atribución de personalidad (o titularidad propia), como se dice en el texto, está implícita siempre que se permitan aportaciones de bienes en propiedad con el propósito de atribuir al fondo derecho sobre las plusvalías que generen. Conviene tener presente, en efecto, que la regla general en esta materia parece ser que las aportaciones que se hacen a sociedades —cuya constitución tiene siempre causa onerosa— se presumen hechas en propiedad (cfr. arts. 36 LSA, y 1.681 y 1.687 del Código Civil). La decisión debería ser siempre la contraria, si la causa fuese gratuita [cfr. arts. 1.676 y 1.289 del Código; y los artículos (derogados) 1.346 y 1.360, en sede de dote].

Carezcan o no de personalidad, *los patrimonios autónomos se nutren al menos (es decir, como mínimo) con las ganancias que vaya generando su actividad*; de modo que las entradas o nuevas adquisiciones, a medida que se van produciendo, pasan a integrarse forzosamente en su activo y constituyen una especie de fondo mínimo reservado a sus propios acreedores.

En efecto, por regla general, *nuestro Derecho no exige, ni ha exigido, la previa inscripción en un registro público de la constitución de un fondo autónomo, para reconocerle el derecho a hacer suyas las ganancias que, por su actividad, vaya generando*; y, por tanto, para inscribirlas a su favor.

V. TERCER PROBLEMA: SEPARACIÓN DEL PATRIMONIO AFECTO DEL PATRIMONIO DEL CONSTITUYENTE O FUNDADOR

1. *El derecho a recibir aportaciones.* Una cosa es el reconocimiento del derecho de apropiación de las ganancias y otra muy distinta el reconocimiento del derecho a recibir en plena propiedad aportaciones de bienes o dotaciones de terceros.

En estos casos, el conflicto de intereses, por abajo del que existe entre los dos sujetos implicados (el fundador y el fondo autónomo), se plantea o entabla entre dos masas de acreedores (entre los propios del fondo afecto y los personales del constituyente o fundador). Lo importante aquí, como veremos detenidamente, no es tanto la defensa de los acreedores del fondo como la de los acreedores de quienes lo dotaron.

2. *Los derechos de los acreedores del aportante.* En efecto, los acreedores del aportante —siempre que el patrimonio que quede sea escaso o insuficiente (art. 643.2 del Código Civil)— pueden intentar cobrar sus créditos sobre los bienes aportados y, por tanto, rechazar que puedan quedar postergados por los acreedores del patrimonio a los que se incorporaron los bienes transferidos (27).

La disputa sobre a quién corresponde la preferencia en el cobro (si a los acreedores particulares del aportante o a los del propio fondo) constituye *un supuesto, especialmente difícil y complejo, de determinación de rango porque, aunque el conflicto vierta sobre los mismos bienes, se produce, en cambio, entre créditos pertenecientes a distintos patrimonios*; lo que necesariamente obligará, para proceder a su resolución, a afrontar la delicada tarea de

(27) Sobre el alcance del artículo 643.2 del Código Civil y del 340 de la Compilación catalana, cpr. ahora JEREZ DELGADO, *Los actos objetivamente fraudulentos* (1999), pág. 180 y sigs. No estoy muy seguro que sea acertado hablar aquí de inoponibilidad (si con ello se quiere dispensar a los acreedores del ejercicio de la pauliana): la donación ha existido —según el art. 609 del Código ha transmitido el dominio— y no parece que pueda tenerse por inexistente frente a los acreedores del donante sino se rescinde.

determinar —en el pleito en que se diluciden las oportunas acciones rescisorias— cual, de entre los títulos en conflicto, es el más débil (28).

3. *La diferencia entre la transferencia onerosa y las gratuitas.* Nuestro Derecho distingue aquellos casos en que, a cambio del traspaso patrimonial, se persiga una contraprestación, presuntamente más valiosa que la propia, de aquellos otros en que tal cosa no se produce; es decir, distingue los supuestos en que existe causa onerosa, de aquellos otros que no la tienen; sea porque responden a una finalidad de beneficencia, sea porque no tienen eficacia dispositiva sino sólo determinativa (como pasa en general con los actos con eficacia particional o simplemente divisoria) (29).

Pues bien, es regla general en nuestro Derecho que los traspasos de bienes, que carecen de causa onerosa, no pueden ni deben perjudicar, en modo alguno, a los acreedores anteriores del antiguo titular.

4. *La rescindibilidad de la aportación gratuita.* Nunca pueden, en efecto, perjudicar a los acreedores las disminuciones patrimoniales por traspaso de activos que, por causa gratuita (o simplemente «neutra»), puedan realizar sus titulares:

- i) Primero, porque, por una parte, si la causa fuese gratuita, la protección de los intereses de los acreedores frente a las disposiciones gratuitas de su deudor está expresamente reconocida por los artículos 643.2 del Código Civil y 340 de la Compilación de Cataluña (la subordinación e inferior fortaleza del título gratuito frente al de crédito puede, por ello, decirse que es un principio general de nuestro Derecho).
- ii) Segundo, porque, por otra parte, si la causa fuese «neutra», la protección de esos mismos acreedores puede justificarse, *a pari o a simile*, en la indemnidad de los acreedores de un fondo (*nec prodest nec nocet*) frente a divisiones, particiones y liquidaciones de bienes o conjuntos patrimoniales que puedan realizar sus titulares (cfr. arts. 405, 1.082, 1.438 —antiguo—, 1.708, etc. del Código).

5. *Las aportaciones con causa «neutra».* Las aportaciones de bienes no tienen porqué ser o bien gratuitas o bien onerosas. Entre las aportaciones con causa gratuita y las aportaciones con causa onerosa están las aportaciones con (la que llamamos) causa «neutra» (esto es, con la misma causa que las operaciones particionales o divisorias).

(28) Aquí de nuevo PEÑA, *La herencia*, cit., pág. 204 y sigs.

(29) Sobre la causa de la partición y la polémica sobre si su efecto debe considerarse constitutivo, declarativo o determinativo, vid. LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, 1 (1971), pág. 203.

No podría, desde luego, sostenerse que son gratuitas las aportaciones que se hacen con la intención de recibir algo mejor a cambio (es decir, con ánimo de lucro). Ahora bien, una cosa es recibir algo mejor, y otra recibir simplemente algo. Siempre que esperamos una contraprestación no podrá evidentemente hablarse de causa gratuita, pero sería precipitado concluir, sin más, que la aportación tiene causa onerosa.

Uno de los casos en que no podríamos hablar de causa onerosa pero tampoco de causa gratuita es el de aportación de bienes a un fondo. La onerosidad de la aportación no resulta, desde luego, porque, a cambio o en compensación de los bienes aportados, se reconozca al aportante un derecho (incluso diferido) a una cuota del patrimonio del fondo.

6. *La causa de los actos particionales o divisorios.* Esto mismo sucede —sólo que a la inversa— en las operaciones particionales o divisorias (en que se cambia una cuota parte sobre el patrimonio de un fondo por la adjudicación de bienes concretos) y ya hemos visto, y vemos que los actos particionales o divisorios no tienen causa onerosa (30). Los actos divisorios o particionales no tienen causa ni gratuita ni onerosa sino neutra o indiferente: el copartícipe, en efecto, sólo intenta intercambiar («permutar») valores (su cuota parte en el fondo por la atribución de la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados) pero, teóricamente, con ello, ni gana ni pierde (o, mejor dicho, nada quiere ganar, ni nada quiere perder).

La neutralidad de la causa (de la partición) no puede sino por menos que determinar la neutralidad de su efecto, respecto a los acreedores del fondo. Es, por ello que, como dice el artículo 405 del Código Civil:

La división de una cosa común no perjudicará a terceros, los cuales conservarán los derechos (...) que les pertenecieran antes de la partición. Conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad.

7. *La indemnidad de los acreedores anteriores.* En resumen, la partición (y también su «alma gemela», la aportación a una comunidad) no tienen, por lo general, ni causa onerosa ni causa gratuita. No tienen porqué tener causa onerosa, porque, con ellas, no siempre se persigue la obtención de ganancias. Pero tampoco tienen porqué tener causa gratuita porque, con ellas, no siempre se acepta asumir pérdidas. Las partes pueden limitarse a querer —tanto con la aportación como con la partición— que el valor de los derechos que salgan de su patrimonio sea el mismo (ni mayor ni menor) que el de los derechos que entran.

(30) Partición y puesta en comunicación (aportación a una comunidad) son como «almas gemelas».

Ahora bien, siempre que las cosas sean así, en esos casos —y esto es lo verdaderamente importante— tenemos que aceptar, para no incurrir en contradicción, que el importante mandato del artículo 405 del Código Civil debe ser reversible.

Dicho de forma muy sencilla: *si aceptamos que la división de la cosa no debe perjudicar la preferencia de los acreedores del fondo deberíamos aceptar también que la aportación de bienes a un fondo no puede perjudicar la preferencia de los acreedores de los aportantes* (31).

8. *La aportación con fin de lucro.* Las cosas son distintas cuando la aportación se hace a un fondo empresarial (y, sobre todo, societario). La aportación a un fondo empresarial no tiene causa «neutra» (ni por supuesto gratuita) sino onerosa. En efecto, es onerosa la aportación a un fondo siempre que persigue un fin de lucro, es decir, siempre que pretende algo más que un «cambio neutral»; o una mera o simple compensación de partidas en el balance.

La aportación es onerosa (y no neutra) si se hace con la intención de conseguir una ganancia, es decir, si tiene ánimo de lucro, porque el ánimo de lucro revela la pretensión de conseguir un cambio ventajoso; es decir, de hacer un intercambio por el que reciba (inmediatamente o con el tiempo) bastante más de lo que se da.

De ahí que la aportación de bienes a un fondo con fin de lucro (lo que sucederá siempre que ese fondo desarrolle actividades mercantiles o societarias) no sea nunca el reverso exacto de su liquidación. El ánimo de lucro es, por hipótesis, incompatible con la intención o propósito de guardar o mantener el equilibrio entre las prestaciones y, por tanto, de intercambiar simplemente valores equivalentes.

9. *La causa onerosa y el contrato de sociedad.* Es precisamente, por esta razón —es decir, porque nuestro Derecho no conceptúa los «contratos de sociedad» como negocios con causa gratuita o causa «neutra»— por lo que se excluye la acción rescisoria del artículo 643.2 del Código y, por tanto, la preferencia de los acreedores individuales o anteriores, siempre que la aportación se realice con ánimo de lucro o propósito de enriquecimiento (32).

(31) En el régimen del Código Civil todos parecen dar por supuesto la preferencia para cobrarse sobre las aportaciones realizadas por los socios, de los acreedores sociales sobre los individuales de los aportantes, anteriores a la constitución de la sociedad civil en base al genérico artículo 1.699: cfr. PAZ ARES, *Comentario al artículo 1.699*, cit., pág. 1485 y sigs. Para los orígenes históricos de esa preferencia, DE CASTRO, *La persona*, cit., págs. 189-190. En la Ordenanza francesa de Comercio de 1673, se exige la inscripción de las sociedades mercantiles precisamente para que pueda perjudicar su constitución a los acreedores de los socios y herederos: *Les sociétés n'auront effet à l'égard des associés, leurs veuves et héritiers, créanciers et ayans- cause, qui du jour qu'elles autont été registrés*: cfr. PETIT, *La compañía mercantil bajo el régimen de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, 1737-1829* (1980), pág. 110, nota 85.

(32) Pionero en defender la irrelevancia del ánimo de lucro para la constitución de sociedades fue GIRÓN, cit., pág. 31 y sigs. La jurisprudencia, en cambio, sigue firme en

De ahí que lo verdaderamente relevante —para que se conceda o reconozca la preferencia de los acreedores del fondo frente a los de los aportantes, incluso anteriores a la creación de la empresa o la sociedad— no sea tanto la publicidad de la efectiva realización de la aportación como *la notoriedad de que esa aportación se hizo con ánimo de lucro*, es decir, para sacar provecho o ganancia con la actividad del fondo (33).

10. *La postura divergente del Código Civil y el de Comercio.* Hay que reconocer, sin embargo, que el Código Civil y el de Comercio no parece que vayan al unísono en este punto. La preferencia de los acreedores sociales sobre los bienes aportados, indiscutible en el Civil, es matizada por el de Comercio, que acerca su régimen excesivamente al propio de los contratos particionales o divisorios e, incluso, gratuitos.

Repárese, sin embargo, en el peculiar régimen intermedio que se articula. Los acreedores particulares, anteriores a la constitución, no se posponen a los sociales pero tampoco son preferentes; sólo concurren en igualdad de condiciones (paritariamente) sobre los bienes sociales.

su consideración como requisito necesario para entender que existe sociedad civil. Hoy la polémica ha cobrado nueva fuerza a la vista del artículo 22 de la Constitución: cfr. PAZ-ARES, *Comentario al artículo 1.665 del Código Civil*, cit., pág. 1307. Si puede decirse que la personalidad jurídica es instrumental en algún sitio, es precisamente en materia de sociedades, ya que no es más que un medio dispuesto precisamente al servicio de la consecución u obtención de beneficios o ganancias. Cfr. artículos 1.665 y 1666.2 del Código Civil. La existencia de ánimo de lucro (como se defiende más adelante en el texto) es presupuesto imprescindible de algunos de los efectos más típicos que se reconocen al contrato de sociedad (en particular, la preferencia de los acreedores sociales frente a los individuales de los socios sobre los bienes aportados por éstos). La persecución del lucro incrementa el riesgo, y como en el siglo XIX se entendía que la asunción de riesgos comerciales era una conducta socialmente deseable, se mantuvo, siguiendo la tradición, un régimen jurídico privilegiado para el estamento mercantil en su conjunto (me refiero a la preferencia en la quiebra de los acreedores mercantiles sobre los civiles: art. 913.5 del derogado Código de Comercio). Los acreedores de las sociedades mercantiles eran doblemente privilegiados como sociales y mercantiles. De ahí la necesidad de observar con especial rigor ciertos requisitos de forma para que, en caso de quiebra de las sociedades mercantiles, no pudiesen prosperar las tercerías interpuestas por los acreedores civiles de los socios aportantes —cfr. el art. 116.2 en relación al 927 (¿derogado?), ambos del Código de Comercio.

(33) La finalidad de lucro (al faltar la organización y el fondo común o *arcam communem*) está mucho más clara en el régimen de la *actio pro socio* romana, cuyo ejercicio extingue la sociedad y precipita, previa compensación (*ex fide bona*) de las deudas pendientes entre los socios, la liquidación cuyo resultado determinará el montante de la ganancia buscada y, asimismo, la identidad de la parte que, en concreto, será acreedora por la diferencia (*coire societatem*). Cfr. D'ORS, *Derecho Privado Romano* (1968), pág. 451 y sigs. Sobre la existencia de sinalagma en el contrato de sociedad, con acierto, REY PORTALES, «El artículo 1.701 del Código Civil», en *ADC* (1975). Sobre el carácter oneroso que tienen las aportaciones desde el punto de vista de los socios y el patrimonio social como realidad instrumental o «término medio» en vista a conseguir ganancias, cfr. HOENIGER, *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen* (1910), págs. 268-269, citado por LÓPEZ JACOISTE, *El arrendamiento como aportación del socio* (1963), pág. 32 y sigs.

En las sociedades colectivas, los acreedores particulares de los socios cuyos créditos fueran anteriores a la constitución de la sociedad, concurrirán con los acreedores de ésta, colocándose en el lugar y grado que corresponda, según la naturaleza de sus respectivos créditos (...). Los acreedores posteriores sólo tendrán derecho a cobrar sus créditos del remanente, si lo hubiese, después de satisfechas las deudas sociales (...) (art. 927 del Código de Comercio) (34).

11. *La preferencia de los acreedores del aportante sobre los bienes aportados.* Con estas premisas, parece posible sentar una nueva regla. La regla en cuestión afirma que, siempre que, con el *trust*, no se persiga por el fundador la obtención de ganancias —es decir, siempre que no desarrolle *en beneficio propio* actividades mercantiles, especulativas o al menos lucrativas, sea directamente sea a través de sociedades interpuestas— no podrán los acreedores del fondo afecto sacudirse la preferencia de los acreedores particulares del constituyente o fundador; esto es, de los existentes en el momento en que la constitución se produjo.

Y lo mismo, sólo que a la inversa, habrá que decir cuando la situación sea la contraria. Es decir, habrá que sostener la preferencia de los acreedores del fondo, *siempre que se persiga, con su constitución, algún tipo de lucro, sea beneficiario el propio fundador y ambos hechos, hayan sido o debieran ser conocidos por los acreedores particulares del fundador* (35).

12. *La importancia de la constancia en el registro de la condición de exclusivo beneficiario del fundador.* Parece obvio que, a la hora de «tratar» convenientemente este conflicto y prevenir posibles malentendidos, mucho puede hacer la publicidad registral.

En efecto, aunque se entienda que la publicidad, que se desprende de los hechos, es lo suficientemente clara para deducir, por notoriedad o apariencia, si se persigue o no lucro con el fondo; lo que ya no parece que pueda entenderse es que esa misma publicidad pueda dar a conocer *quiénes, en con-*

(34) Es chocante la escasez de comentarios doctrinales sobre los artículos 927 (citado en el texto) y 237 del Código de Comercio. Dice este último que «los bienes particulares de los socios colectivos que *no se incluyeron en el haber de la sociedad al formarse ésta* (por tanto, está implícita la necesidad de hacer inventario), no podrán ser ejecutados para el pago de las obligaciones contraídas por ella, sino después de haber hecho excusión del haber social». Cfr. con los artículos 1.668 y 1687.2 del Código Civil.

(35) Admiten como fiduciarios personas jurídicas, sin distinciones, los artículos 514.1.3 y 514.8.1 del Anteproyecto catalán sobre patrimonios fiduciarios de 2002. «Igual que en el proyecto francés (...) puede ser fiduciario cualquier persona (...) jurídica, para las fiducias comerciales, especialmente bancos y sociedades especializadas (en el *Common Law: trust corporations* o *trust companies*; en Derecho italiano, la *società fiduciaria*; en el Derecho quebequés, las *sociétés de fiducie* y la *sociétés d'épargne*)», cfr. ARROYO, *Por qué el trust en Catalunya* (2005), pág. 31.

creto, son sus beneficiarios y, sobre todo, si fuese el caso que sea beneficiario el mismo fundador (36).

13. *Resumen.* Las aportaciones se vuelven inalcanzables para los acreedores personales del fundador, si es público y notorio que se hicieron por éste con la finalidad de lucrarse con los beneficios que genere el fondo. Y es así, porque, en esos casos, lo que, por un lado, pierden los acreedores, pueden después recuperarlo, con creces, por el otro.

Por tanto, si todo esto es cierto, no cabe ninguna duda de que habrá que tener por onerosas las aportaciones hechas a un trust que opere en el mercado con ánimo de lucro, y sus constituyentes o fundadores se postulan como sus únicos beneficiarios (37).

14. *La protección de la inscripción frente a la acción «pauliana».* No menos importante será el papel de la publicidad registral cuando exista causa de beneficencia e importa eliminar, cuanto antes, el riesgo de rescisión de la aportación por fraude (objetivo) (38).

La inscripción en el Registro de la aportación reduce, en la práctica, de forma notable, el plazo del posible ejercicio de la *pauliana*, ya que los cuatro años se cuentan desde el día de la enajenación fraudulenta. Es decir, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la *fiducia* acorta drásticamente el plazo en que es inoponible la aportación realizada a los acreedores personales del constituyente, anteriores a la perfección del negocio.

VI. CUARTO PROBLEMA: LA SEPARACIÓN DEL PATRIMONIO AFECTO DE LOS BIENES DEL GESTOR

1. *Cambio de planteamiento: la separación de los bienes afectos del patrimonio del gestor.* El planteamiento que hay que hacer es muy distinto si pasamos a analizar la situación (y, por tanto, la separación de patrimonios), ya no desde el punto de vista del fundador o dotante sino del gestor o administrador.

(36) Sobre la posible confusión en la misma persona de la condición de fundador y beneficiario (e incluso de gestor): artículo 514.7.2 del Anteproyecto catalán sobre patrimonios fiduciarios de 2002.

(37) «La coincidencia de la condición de constituyente y del beneficiario debería mencionarse claramente en el negocio constitutivo. El Anteproyecto no contempla la posibilidad de que, a falta de beneficiarios (...) se entienda que lo sea el constituyente o sus herederos, aunque siempre pueda ser una norma que se desprenda de la interpretación del negocio constitutivo. La admisibilidad de instrucciones reservadas se hizo tomando en consideración la regulación propia del heredero de confianza (art. 150 CS) pero, salvo que expresamente se haya querido dar cabida a la modalidad del *blind trust* (trust ciego), seguramente no sería aconsejable admitir con carácter general tal posibilidad, vistos los abusos a que la institución ha dado lugar»: cfr. ARROYO, cit., pág. 29.

(38) Sobre este problemática, GARCÍA GARCÍA, cit. 2 (1993), pág. 514 y sigs.

En estos casos, también entran en lucha, inevitablemente, dos masas de acreedores diferentes pero ahora no los personales del constituyente o fundador y los propios del fondo afecto, sino los acreedores de éste último y los personales del gestor.

Lo preocupante aquí, en efecto, es la situación de los acreedores del fondo patrimonial; no la de los acreedores de quienes lo dotaron. Lo preocupante aquí, en fin, no es el embargo de los bienes afectos por los acreedores particulares del fundador sino por los del gestor.

2. *La presunción de que los bienes pertenecen a quien los posee.* El patrimonio se compone de un activo y un pasivo. La responsabilidad define el contenido del pasivo y se ejerce sobre el activo patrimonial. La identificación de los bienes o derechos que, en concreto, integran ese activo es difícil. Los patrimonios tienen su propia dinámica y los bienes salen y entran; unos están en propiedad y otros en posesión, o incluso, mera detención.

Nuestro Derecho presume que, en principio, pertenecen al deudor todos los bienes que posee. El poder de agresión de los acreedores se extiende, por ello, a todas aquellas cosas o derechos que están en posesión del deudor, o bajo su administración efectiva, en tanto no se demuestre de forma fehaciente que pertenecen a un tercero (39).

3. *La importancia de la posesión en concepto de dueño.* Esta doctrina legal, por lo demás, no tiene nada de particular. En realidad no constituye más que la prolongación lógica —y por tanto consecuencia obligada— de algunos viejos principios que, desde siempre, han venido informando nuestro Derecho patrimonial.

El poseedor en concepto de dueño se presume, en Derecho, propietario con justo título. Los bienes pertenecen, por ello, en principio, al patrimonio de quien se comporta respecto a ellos como su dueño o titular y, en consecuencia, responden de las obligaciones que pueda éste contraer.

En efecto, en los casos en que no existe disociación —o al menos, si existe, no es significativa y duradera— entre propiedad y control; lo que procede —como sabemos desde IHERING— es tener por propietarios a quienes se comportan como tales (40).

4. *Las tercerías de dominio y la importancia del «título legal e irrevocable».* Lo cierto, sin embargo, es que la posesión es sólo apariencia, no verdadero título de propiedad. Por ello, para separar o sustraer bienes de la masa de la quiebra (o levantar el embargo), es suficiente la prueba del hecho de que el poseedor no los tiene para sí (es decir, en nombre propio) o de que,

(39) Sobre el sentido del torturado artículo 448 del Código: LACRUZ, *Derecho Inmobiliario Registral* (1968), pág. 226.

(40) Para la posición de IHERING sobre la naturaleza de la posesión, el reeditado MORALES MORENO, *Posesión y usucapión* (1972), pág. 8.

en cualquier caso, carece de un título legal e irrevocable que justifique la retención (tercerías) (41).

En principio, por tanto, la delimitación del activo patrimonial hay que considerarla una cuestión de hecho cuya definición debe dejarse a la publicidad que produce la notoriedad de su efectiva administración o posesión por su gestor o titular (42).

5. *La separación más o menos duradera entre propiedad y control.* La publicidad de hecho, o posesoria, del titular o gestor deja forzosamente de ser el criterio decisivo para identificar los activos que integran el patrimonio afecto, siempre que, como sucede en nuestro caso, se destine a determinados fines una masa de bienes, y ese conjunto o masa de bienes se entregue a un tercero para que, en beneficio de otro, los administre, por sí sólo, con autonomía, durante algún tiempo.

En efecto, la apariencia posesoria no sirve de mucho siempre que existe una disociación más o menos duradera o permanente —sobre todo si fuese significativa por su alcance, es decir, por el volumen de bienes a que se extiende— entre propiedad y control.

6. *La relativa importancia de la contrapublicidad registral.* En esos casos, la posesión no refleja la realidad sino que más bien la tergiversa u oculta. El mero o simple gestor, por hipótesis, no es nunca propietario. Sobre todo, si no es el gestor quien incorpora a sus negocios el fondo sino, al contrario, si es éste quien desarrolla, como principal, una actividad y, para ello, emplea los servicios de un gestor.

De ahí, también, que, en estos casos, para evitar toda confusión sobre el verdadero alcance del patrimonio personal del gestor —y, por tanto, para hacer efectiva la separación de los bienes afectos— se vuelva —sino necesario sí al menos conveniente— a hacer uso de otro tipo de publicidad que identifique los bienes afectos ante los terceros acreedores, y les advierta sobre la condición de meros administradores de los poseedores o gestores, el carácter limitado de su poder de representación, y la obligación, que tienen

(41) Las tercerías son la mejor expresión de la regla de que hay que tener, en principio, por propietario al que se presenta como poseedor. De hecho, el embargo consiste materialmente, como su nombre indica, en un acto posesorio y por ello puede practicarse sobre todos los bienes que estén en poder del deudor. La tercería de dominio no se confunde con una reivindicatoria (SSTS de 30-1-1992, 29-10-1984, 17-2-1985, 8-10-1990, 15-4-1992). La misión de las tercerías de dominio, por ello, no consiste en otra cosa que excluir del activo del patrimonio del deudor, reduciéndolo a sus justos límites, bienes que no deben figurar en él pero sin que la resolución dedida con eficacia de cosa juzgada sobre su propiedad (art. 603 de la ley nueva de Enjuiciamiento Civil).

(42) Justamente famosa se hizo la afirmación del artículo 908 (derogado) del Código de Comercio. Se utiliza muchas veces la legislación derogada (siempre advirtiéndolo), porque, en la mayor parte de los casos, refleja mucho mejor la tradición o experiencia histórica (con vigencia de siglos) y, por ello, especialmente respetable (por resistente al *test* de racionalidad: *lex cum moribus*).

—cumplida la comisión— de proceder a la restitución de los bienes transferidos.

7. *El caso del peculio*. Este es el criterio que resulta, por ejemplo, con toda claridad, de la regulación que hace nuestra Ley Hipotecaria, para seguir con un ejemplo que antes hemos utilizado, en el caso de que corresponda a los padres la administración de los bienes de sus hijos menores de edad (43).

En esos casos —para asegurar la efectiva separación del peculio del patrimonio de los padres y garantizar su restitución a los hijos cuando lleguen a la mayoría de edad— exige nuestra vieja Ley Hipotecaria la inscripción de la propiedad de los inmuebles a favor del menor, pero con expresa mención en el asiento de que formaban parte de su peculio.

8. *Los casos de la dote, reservas, tutela, fideicomisos y sociedad de gananciales*. Una exigencia del mismo tenor se reproducía en el caso de entrega de la dote inestimada, así como en los supuestos de reservas hereditarias, fideicomisos o tutela; o, incluso, de la misma sociedad de gananciales (44).

En todos ellos, como el poseedor o gestor no es propietario pleno (patrimonios vinculados a un fin), para garantizar la separación de los bienes transferidos —y, en su caso, la futura restitución— disponía el legislador que se hiciese constar —en el cuerpo del asiento o en nota al margen— los derechos de la mujer, del menor e incapaz, o de la comunidad conyugal; o, en su caso, el destino final de los bienes reservados.

La inscripción, por lo demás, en muchos de esos casos, suele ser obligatoria, lo que no quiere decir otra cosa que puede exigirse judicialmente por los favorecidos o beneficiarios, directamente, o en su caso por sus defensores o representantes.

9. *Las ventajas de la llamada «tercería registral»*. La inscripción del destino, y por tanto de la reserva de propiedad o del deber de restitución, permite —en caso de embargo por deudas personales o por quiebra del gestor— liberar los bienes vinculados de la traba judicial de una forma automática (mediante el ejercicio de la correspondiente tercería registral) (45).

(43) Cfr. artículos 202 y 206 de la primera Ley Hipotecaria. Para la importancia de la constancia en el Registro de la Propiedad de la situación de administración del patrimonio fiduciario o de la inscripción del propio patrimonio fiduciario: cfr. artículo 513.10.2 del Anteproyecto, y ARROYO, cit., pág. 35.

(44) Artículos 169, 173 y 181 para la dote; 194 para la reserva (todos de la primera Ley Hipotecaria); 152 del primer Reglamento para la tutela; y artículo 208 CS (fideicomisos).

(45) La interposición de una tercería registral no pretende otra cosa, en efecto, que denunciar una defectuosa constitución de la relación jurídica procesal, ya que su apreciación obliga, en caso de que los acreedores insistan en el embargo, a dirigir la nueva demanda contra el que sea administrador o gestor (del fondo), en su calidad de tal. La

En efecto, como las adquisiciones y aportaciones —porque se integran siempre en otro patrimonio o constituyen uno de nueva creación, ambos con vida propia— pasan a ser administradas, y por tanto poseídas permanentemente por un tercero; muchas veces se producirá, en caso de insolvencia del gestor, un choque entre pretendientes (y, de rebote, un conflicto de preferencias entre dos masas distintas de acreedores).

Pues bien, en ese caso, la inscripción registral facilita la *separatio ex iure dominii* de los bienes vinculados; porque *estamos ante bienes que, existiendo en la masa de hecho, no pueden ni deben integrar la masa de derecho*, ya que no pertenecen al gestor «por un título legal e irrevocable». Es como si, en estos casos, a todos los efectos, estuviesen en el registro los bienes inscritos a nombre de tercero (46).

10. *La constancia registral de la finalidad o destino*. Y no sólo eso, siempre que, para cumplir determinados fines, se hayan entregado bienes en administración —o se disponga su entrega o restitución posterior a personas extrañas (lo que no deja de ser algo muy parecido)— *para que no perjudiquen al patrimonio vinculado las disposiciones irregulares realizadas por el gestor, es imprescindible hacer constar en el Registro el contenido o alcance de la reserva, el ámbito de la administración y los fines a que se aplica*.

En efecto, sólo si se ha inscrito la vinculación de bienes en el Registro (y, por tanto, las restricciones del poder de disposición del gestor), podrá uno estar completamente seguro de que los bienes han quedado verdaderamente afectos a los fines perseguidos; porque, a partir de entonces, podrá disponerse de ellos sólo para cumplir con esos fines, y siempre, además, observando las limitaciones impuestas por el constituyente que resulten inscritas en el propio asiento (46bis).

razón de ello está en que los acreedores individuales —para que pueda prosperar su reclamación, y alcanzar, por tanto, a los bienes inscritos como propios del fondo— tendrán que demostrar (en principio, en el oportuno declarativo) que por la deuda responden también los bienes del fondo, o que, a pesar de lo que dice el asiento, los bienes no pertenecen al fondo; o que, en cualquier caso, los demandantes tienen derecho a concurrir con los acreedores propios del fondo sobre los bienes de éste: cfr. PEÑA, *Derecho*, cit., pág. 248 y sigs.

(46) La regla general formulada en la nota anterior rige necesariamente, siempre que estén inscritos en el registro separada y especialmente como bienes del fondo, los perseguidos por acreedores que no son del fondo. Sólo se ha impuesto en la práctica, en contra del tenor literal del precepto (art. 144 de Reglamento Hipotecario), una lamentable excepción en el caso de la sociedad de gananciales. Coinciden en la crítica de la interpretación que del artículo 144 del Reglamento Hipotecario han hecho la Dirección y el Tribunal Supremo; PEÑA, *Derecho*, cit., pág. 249, y CÁMARA, «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», en *ADC* (1986), pág. 493 y sigs.

(46bis) Cfr. artículo 975 (enajenación de inmuebles sujetos a reserva); artículo 1.361 (dote inestimada); artículos 1.377 y 1.378 (gananciales); artículos 166 del Código Civil y 151 del *Codi Família* (inmuebles del menor de edad); artículo 212 del *Codi Família* (tutela); artículo 221 del *Codi Successions* (fideicomisaria).

11. *Publicidad registral y separación patrimonial.* En resumen, *la mención de la afectación en el Registro es una precaución muy recomendable porque refuerza considerablemente la separación del patrimonio vinculado;* y, por tanto, potencia la preferencia de los créditos nacidos por razón de su administración —es decir, contraídos en ejecución del destino que fue dispuesto por el fundador.

Si se hace constar, de forma expresa y clara, en la inscripción de los bienes afectos, cuál es el destino de la reserva y su alcance; se facilita la defensa del fondo vinculado —y, por tanto, a los beneficiarios del *trust*— frente a posibles embargos por reclamaciones derivadas de obligaciones personales del gestor o administrador (o disposiciones irregulares por su parte), es decir, por deudas contraídas para fines distintos de los establecidos por el fundador.

VII. DOS RIESGOS TÍPICOS PARA EL PATRIMONIO ADMINISTRADO: EL FRAUDE DEL GESTOR Y EL FRAUDE DEL FUNDADOR

1. *La atribución de las cargas o deudas.* Las *fiducias* negociales destinan masas de bienes que se constituyen en patrimonios diferenciados a fines u objetivos determinados (47).

Los bienes afectos o vinculados integran forzosamente un conjunto patrimonial que se escinde o separa del patrimonio personal de los fundadores y pasa a constituirse legalmente en una esfera de poder y delimitar un ámbito de responsabilidad.

Tal masa o fondo, por causa de la autonomía patrimonial de que goza, se erige en un centro de imputación al que se atribuyen, como propios, derechos y obligaciones.

2. *La importancia de la conducta del gestor.* Lo relevante ahora es que la diferenciación patrimonial producida, por razón de la destinación de un fondo a fines especiales y determinados, impone forzosamente la necesidad de someterlo a un sistema de gestión, también diferenciado, que se regirá o gobernará por reglas distintas que la de los patrimonios personales del fundador, de los beneficiarios y del gestor.

Ahora bien, en estos casos —es decir, siempre que una sola persona administra conjunta y simultáneamente dos patrimonios— se multiplica el riesgo de comisión de fraudes:

(47) La razón que justifica la admisión de la separación de una masa o conjunto patrimonial no puede ser otra que la especial consideración que merecen al regulador los fines u objetivos específicos a que se destina. En la *fiducia* esos fines pueden ser muy distintos y no resultar claramente del negocio de constitución: cfr. CASTRO, *El negocio jurídico* (1968), págs. 409 y 432 y sigs.

- i) Porque, por una parte, siempre que «se confían potestades a una persona en interés y por cuenta de otra, puede prevalecerse de esta situación de poder en provecho propio» (47bis).
- ii) Porque, por otra parte, tampoco es fácil sentar una regla sencilla y clara que permita decidir, anticipadamente y con toda seguridad, cuándo las consecuencias de la conducta del gestor hay que imputarlas al patrimonio administrado y cuándo a su patrimonio personal (48).
- iii) Por último, porque la gestión de bienes ajenos siempre implica un cierto grado de confusión de patrimonios y, por tanto, de riesgo de apropiación de los activos confiados (48bis).

3. *Primer riesgo: la distribución de los beneficios y cargas entre el patrimonio del gestor y el patrimonio afecto.* En efecto, el gestor que actúa sobre dos patrimonios, uno propio y otro ajeno —vinculado éste a un fin— puede con facilidad defraudar a los derechos del fondo gestionado, derivando las ganancias, cuando las hay, al patrimonio propio y las pérdidas, al ajeno (49).

(47bis) Estamos ante la idea de que «aquél a quien se confían potestades en interés y por cuenta de otra persona, no puede prevalecerse de esta situación en provecho propio». Es decir, estamos ante el riesgo que trata de eliminar la prohibición de «autocontratación»: PEÑA, «Facultad de compensar y encargo de custodia», en *Estudios jurídicos en homenaje a Federico de Castro*, 2 (1976), pág. 465.

(48) Como veremos, siguen la misma regla los Derechos Civil y Mercantil, pero con matices. La regla general civil es que hay que atenerse al nombre que se utiliza cuando se actúa (arts. 1.259 y 1.698), sólo por excepción existe representación directa aunque se actúe en nombre propio, pero se obra por cuenta ajena (art. 1.717 del Código Civil). Cfr. *Digestum* 17,2,67,1. En Derecho Mercantil, la importancia de los fondos utilizadas o el interés realmente servido tiene relevancia muy superior (arts. 286, 287, 595 y 134 a contrario del Código de Comercio en relación con el 247 y 127). La relevancia de la actuación *propter naturam societatis* y la existencia de una acción útil directa de los acreedores sociales es probablemente una propuesta (o al menos una reelaboración) de *Pedro de Ubaldis*: cfr. MARTÍNEZ GIJÓN, *La compañía mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas del Consulado de Bilbao* (1979), pág. 182 y sigs.

(48bis) La confusión de bienes exige la formulación de un criterio claro que determine a cuál, de entre los patrimonios que se los disputan, pertenecen. En efecto, los patrimonios como los derechos reales son excluyentes: el mismo activo no puede pertenecer a dos patrimonios simultáneamente. La confusión es una consecuencia inevitable de la pérdida de identidad. De ahí el peligro de confusión que genera siempre la gestión de mercancías ajenas (cfr. art. 268 del Código de Comercio: los comisionistas no pueden tener efectos de una *misma especie*, pertenecientes a distintos dueños, bajo una *misma marca*, sin distinguirlos con una *contramarca que evite confusión y designe la propiedad respectiva* de cada comitente»). Lo característico de la confusión de bienes (por pérdida de identidad) es que, por lo general, la posesión va a decidir la atribución de propiedad: cfr., para el régimen de la accesión (en dónde está la disciplina más elaborada del problema), nota 72; y, para el del «cuasiusufructo», nota 60.

(49) Las presunciones que establecían los derogados artículos 890.7, 8, 9, 12 y 892 del Código de Comercio nos ofrecían, en apretado resumen, sobre la base de una dilatada

Estamos ante un riesgo muy parecido al que late en las situaciones de autocontratación que siempre supone una situación de conflicto de intereses, e implica un poder directo sobre la esfera jurídica ajena (por tanto, de auto-tutela del interés propio y sacrificio del ajeno) que, por su gravedad, se castiga en muchos Ordenamientos con la invalidez del negocio realizado (50).

4. *Segundo riesgo: la distribución de las deudas y cargas entre el patrimonio de fundador y el patrimonio afecto.* La peligrosidad de la situación, sin embargo, no acaba aquí. Otro tanto de lo mismo (es decir, de riesgo de fraude) sucede también con aportantes o fundadores siempre que destinen determinados bienes o activos a fines de inversión o negocios especulativos (51).

En muchos casos, en efecto, el fundador oculta, a propósito, el carácter de aportación —que tiene la entrega, por él realizada— para reservarse la posibilidad de mantenerla, si las cosas van bien, y de retirarla, si las cosas van mal (52).

También en estos casos, como en los del epígrafe anterior, uno de los directamente implicados, retiene en su favor, para el caso de futuro conflicto, la potestad de proceder, por sí sólo, a la definición del Derecho; es decir, la facultad de calificar *a posteriori* la existencia y alcance de la atribución patrimonial por él realizada (53).

experiencia histórica, una magnífica muestra de las formas más habituales que solían, y suelen adoptar, este tipo de prácticas fraudulentas. Sobre otros fraudes, artículos 755, 628 y 1.459 (*fiducia cum amico*); y 1.859 (*fiducia cum creditore*) del Código Civil. Sobre autotutela, *pignus* y compensación, PEÑA, *Facultad*, cit., pág. 454 y sigs.

(50) Para la autocontratación, cfr. CASTRO, «La representación», en *Temas*, cit., págs. 114-117. Cfr. artículos 267 (comisión), 286 (factor) y 309 *a contrario* (depósito) del Código de Comercio y 1.459 del Código Civil. Cfr. también el artículo 28 de la Ley de Fundaciones.

(51) Si hay ya peligro cuando se gestionan patrimonios ajenos, más lo hay cuando el titular puede escindir su patrimonio en otros tantos patrimonios, estancos o incomunicados, para así poder elegir a cuál de ellos imputar las gestiones más peligrosas o arriesgadas. Sobre la asunción de riesgos como causa de la quiebra y el «apalancamiento»: cfr. artículo 888.4 y 5 (sobre todo) del Código de Comercio. También el artículo 888.1 hace referencia al mismo peligro.

(52) Por lo demás, como la representación no es voluntaria sino orgánica, la cuestión se vuelve mucho más delicada y compleja, porque la representación orgánica no es, como la voluntaria, auxiliar de la gestión del *dominus*, sino imprescindible o necesaria (de ahí que los conflictos de intereses se vuelven inevitables y mucho más frecuentes). Si faltan los órganos de representación, en efecto, no pueden operar o «funcionar» en la vida jurídica los fondos patrimoniales autónomos —es decir, con vida jurídica propia— que, por tanto, estarían condenados a una total y completa inanición. Puede haber *fiducia ex lege* o sin fiduciante pero no sin fiduciario: cfr. BADOSA, cit., pág. 236.

(53) Históricamente se plantea el problema por la necesidad de diferenciar las sociedades comanditarias de las cuentas en participación (llamadas entonces «sociedades anónimas»). La regla general es que no se pueden retirar las aportaciones realizadas de la quiebra del gestor alegando que son de propiedad del aportante (para la discusión de este punto, cfr. nota 26 y más adelante) o de la sociedad ya que, si no se hizo asiento en el registro, no existe un verdadero patrimonio separado, por lo que se estima que son pro-

5. *La utilización de patrimonios «sumidero» o patrimonios de «paja».* En el caso del *trust*, la cuestión se complica (y mucho) porque, primero, estamos ante patrimonios cerrados en que la responsabilidad por las deudas contraídas se limita a los bienes afectos (y, por tanto, no pueden derivarse al patrimonio del fundador, del gestor o los beneficiarios) y, segundo, porque los fundadores o gestores del fondo pueden ser, a la vez, sus beneficiarios.

La necesidad, por tanto, de sentar algún principio de ordenación que garantice el equilibrio entre las masas patrimoniales —que más directamente entran en contacto con el patrimonio vinculado— es, en estos casos, todavía con más razón una exigencia ineludible de la Justicia si se quiere evitar que, precisamente, como consecuencia de la condición de patrimonio cerrado del *trust*, pueda intentar usarse por el fundador o el gestor (a su vez beneficiarios) como una especie de patrimonios «sumidero», o «patrimonios de paja» (previamente vaciados o, *ab initio*, descapitalizados): es decir, como un fondo ficticio al que puedan desplazarse las pérdidas derivadas de negocios arriesgados que, en otro caso, correspondería soportar a los patrimonios de aquellos que en su día lo dotaron, o, ahora, lo gestionan.

Este peligro, por lo demás, es mucho más acentuado cuando la administración del patrimonio pretendidamente autónomo, no es estática, sino dinámica porque exige la toma de decisiones peligrosas o arriesgadas (gestión especulativa) y no se controla su adecuada capitalización (53bis).

iedad del gestor. Por ello las cuentas en participación no exigen ninguna formalidad ya que hay «confusión» de los activos aportados en patrimonio del gestor (no hay patrimonio «social» sino sólo el del gestor: cfr. arts. 240, 241 y 242 del Código de Comercio): si se quiere sustraer los bienes a los acreedores personales del gestor (o del fundador) se precisa crear un fondo separado pero esto no puede hacerse sin publicidad. Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, cit., pág. 440, nota 33 (doctrina italiana con cita del decisivo art. 77 de la Ley de Quiebras), 34 (alemana), 35 (Derecho histórico), 36 (jurisprudencia española), y 37 (doctrina española). «La protección de las aportaciones *quoad usum* tropieza con un grave obstáculo: la protección de los terceros acreedores (...) Por ese motivo las aportaciones *quoad usum* han de admitirse sólo cuando mediante las adecuadas medidas de publicidad (singularmente la registral) pueda ponerse en conocimiento de los terceros que el gestor tiene un derecho limitado y no la titularidad plena sobre los bienes aportados por el partícipe» (VIVANTE). La «suficiencia causal del contrato de cuentas en participación para producir la transmisión de la propiedad de la aportación» está precisamente en la finalidad de lucro: los acreedores del partícipe quedan desplazados frente a los del gestor porque estamos ante una inversión con la que se espera obtener relativamente mayores ganancias (beneficios más cuota de liquidación). Las cuentas en participación tienen causa onerosa (rentabilización del capital) lo mismo que la sociedad, en que la intermediación del patrimonio separado, e incluso de la personalidad jurídica, cumple sólo una finalidad instrumental ya que se utiliza sólo como un medio óptimo para facilitar la obtención de lucro o ganancias.

(53bis) *La importancia, a efectos prácticos, que tiene la posibilidad de escindir el patrimonio propio en dos patrimonios «cerrados» o «compartimentos estancos», consiste en que un solo operador —sin necesidad de servirse de testaferros u hombres de paja—*

VIII. QUINTO PROBLEMA. GESTIÓN ESTÁTICA: LA ADMINISTRACIÓN DE DOS PATRIMONIOS POR UNA MISMA PERSONA

1. *La incompatibilidad entre autonomía en la gestión y deber de conservación.* La gestión de bienes ajenos implica siempre cierto grado de confusión con los propios. La razón profunda de este efecto está en que autonomía en la gestión y deber de conservación son objetivos de difícil coordinación y, llegados a cierto punto, de naturaleza incompatible.

No es evidentemente lo mismo —ni, por ello, tiene las mismas consecuencias— que los reguladores o legisladores den preferencia al deber de conservación del patrimonio vinculado o, al contrario, que se inclinen por privilegiar el éxito o eficacia de la gestión.

Aunque también es cierto que —sean cuales sean las preferencias que tenga el legislador, o la relevancia que quiera dar a cada una de esas dos facetas— nunca podrán desligarse o separarse una de otra completamente.

2. *Gestión estática y gestión dinámica.* No cabe duda, por ejemplo, que siempre que se prima la «conservación», se condiciona o entorpece la «gestión»; y, al contrario, si se facilita la «gestión», se pone siempre en riesgo la «conservación» y, por tanto, la afectación o el destino.

Serán, por ello, muy diferentes las medidas que corresponde tomar cuando se opta por una gestión estática, orientada a la conservación de los bienes administrados, que cuando lo que se quiere, y por tanto busca, es una gestión innovadora, es decir, dirigida a la consecución de fines de enriquecimiento o consumo.

3. *La relación entre el «principio de representación» y el «principio de subrogación».* Nuestra legislación civil, al contrario que la legislación mercantil, suele —cuando se ocupa de regular comisiones o encargos— privilegiar la conservación (en su caso, la restitución) y, por ello, como es sabido, impone límites severos a la gestión del administrador que «blinden» la integridad (valor actualizado) del patrimonio recibido.

En concreto, tradicionalmente, cuando una sola persona gestiona dos patrimonios distintos, es habitual que, en Derecho Civil, siga rigiendo la regla general del Derecho común en virtud de la cual se entiende que los gestores o administradores adquieren siempre para los patrimonios de aquellos a cuyo nombre contratan (abstracción hecha, por tanto, de la procedencia del dinero que invierten) (54).

no sólo puede limitar su responsabilidad por las deudas (derivando la gestión arriesgada al fondo descapitalizado) sino que, caso por caso, puede decidir, según los negocios vayan dando pérdidas o ganancias, en qué patrimonio las aloja, de modo que uno de ellos recibirá (todas) las ganancias y el otro (todas) las pérdidas.

(54) Sobre la tradición histórica, MARTÍNEZ GUÓN, cit., pág.176 y sigs. Los textos conflictivos eran *Digestum* 17,2,67,1 en relación a D. 14,1,4,1 y 17,2 82.

Las cosas son diferentes cuando la representación es orgánica, recae o se ejerce sobre un patrimonio especial y separado que hay que mantener diferenciado sobre cuya gestión hay que rendir cuentas y destinado tarde o temprano a entrar en liquidación.

En estos casos suele entrar en juego otro criterio distinto para la distribución de derechos y obligaciones entre las diferentes masas patrimoniales. Este criterio no sigue, o se deja guiar, por el «principio de representación», sino por el principio de «subrogación real» (55).

4. *La subrogación real es una técnica pensada al servicio de la conservación del fondo.* El «principio de subrogación real» no pretende otra cosa que mantener la consistencia de cada masa patrimonial (eliminando el riesgo de confusión), de modo que el bien adquirido conforme a la regla *subrogatum sapit naturam subrogati*, reciba las cualidades que caracterizaban al antiguo y, por tanto, se atribuya forzosamente al patrimonio que ha soportado el desembolso o sacrificio necesario para poder realizar su compra.

La subrogación real, por lo demás, opera automáticamente, es decir, sin necesidad de que concurra una voluntad especial o intención de subrogar: *res succedit in loco pretiit, et pretium in loco rei*.

La subrogación real, por su propia naturaleza, funciona como causa determinante para la calificación de los bienes y, por ello, *deja de ser decisivo el patrimonio para el que haya contratado el gestor.*

5. *La importancia de la previa inscripción de los inmuebles en el Registro.* Se comprende la importancia que en este contexto tiene la inscripción en el Registro de los bienes vinculados con expresa mención o constancia del destino a que están afectos.

Sólo si consta la mención del encargo o destino en el Registro, los activos que integraban el patrimonio vinculado no resultarán perjudicados por enajenaciones irregulares o fraudulentas, realizadas por el gestor o administrador; y no sólo eso, en cualquier caso, y aquí está lo importante, quedarán los nuevos bienes subrogados de iure en la posición de los antiguos (56).

La regla que opera aquí es, por tanto, de muy sencilla formulación: cuanto más clara sea la identificación de los activos que integran el patrimonio administrado, menos jugará (en caso de que se proceda a su venta) *el*

(55) Sobre la generalización del efecto subrogatorio y su verdadero alcance, Cossío, *Teoría*, cit., pág.142 y sigs.

(56) Es muy ilustrativo de la vigencia de la regla en patrimonios separados y la importancia de la previa constancia de su condición en el Registro (en este caso, Mercantil) el artículo 909.2 del Código de Comercio derogado. El principio está explícito en las leyes en los casos de la relación de bienes privativos y gananciales (1.346 y 1.347 del Código Civil), dote (1.337 derogado); fideicomiso de residuo (art. 245 CS) y sustitución fideicomisaria (art. 221 Código de Sucesiones).

«principio de representación» y más el de «subrogación». Pero, no hay que olvidarlo, la subrogación es la mejor garantía de que se mantendrá el equilibrio entre las distintas masas patrimoniales (57).

6. *La problemática de los bienes muebles.* El problema está en que no todos los bienes afectos son inmuebles y, por tanto, que en muchos casos la composición de los patrimonios —esto es, la identificación de los concretos elementos que componen su activo— no es fácil de precisar (58).

La subrogación real, en efecto, no sirve de mucho en los casos difíciles, es decir, cuando estamos ante bienes fungibles, consumibles o, en general, muebles que se hayan confundido con otros ajenos en el patrimonio del gestor (59).

De ahí la necesidad, si se quiere que el sistema funcione en la práctica, de recurrir a otras medidas o disponer cautelas, de distinta naturaleza, que permitan asegurar la integridad o indemnidad del patrimonio vinculado.

(57) Si se entregan bienes en administración —o se ordena su entrega o restitución posterior a extraños (lo que no deja de ser algo muy parecido)— para salvaguardar el «valor» de los inmuebles afectos, es imprescindible hacer constar en la inscripción la existencia de la reserva: de este modo, los adquiridos a cambio pasarán a subrogarse instantáneamente en el lugar de los transmitidos.

(58) Para la inevitabilidad, en muchos casos, de la confusión de bienes, cfr. artículo 909.8 del Código de Comercio derogado (separación de los géneros vendidos sólo si hay posibilidad de identificación); y los artículos 285 (factor) y 321 (préstamo de títulos y efectos). Según el artículo 268 del Código de Comercio (en directa relación con el art. 909.4), «los comisionistas no pueden tener efectos de una *misma especie*, pertenecientes a distintos dueños, bajo una *misma marca*, sin distinguirlos con una *contramarca que evite confusión y designe la propiedad respectiva* de cada comitente». Cfr. también artículo 266 del Código de Comercio (comisión) y el artículo 1.687 (sociedad) del Código Civil. La confusión total supondría un solo patrimonio y por tanto un solo activo y un solo pasivo; y, en consecuencia, una sola masa de acreedores. Por ello, la quiebra nunca puede admitir confusión entre los bienes del quebrado y otros ajenos. La presunción en la quiebra, para zanjar discusiones interminables, es que debe tenerse por ajeno todo lo que no se consigue demostrar que es del deudor. Si continuase el trámite, a pesar de la confusión de bienes, se dilataría el proceso y se perjudicaría la preferencia de los acreedores reconocidos que tendrían que admitir la concurrencia de quienes discutan la propiedad de los bienes integrados en la masa activa y, por tanto, planteen terceraía.

(59) Ya hemos visto que una cosa es la mal llamada responsabilidad universal por confusión (la completa confusión, y por tanto la existencia de un solo patrimonio, supone y exige una sola responsabilidad); y otra, en cambio, la responsabilidad subsidiaria de un patrimonio por las deudas de otro (perfectamente separado): esta segunda, en mi opinión, procede porque la insolvencia no demuestra otra cosa habitualmente que la defectuosa capitalización con que había planificado el *dominus negotii* la empresa proyectada (por inadecuada cobertura del riesgo). Es natural que el socio que, en estas condiciones, pretende hacer suyas las ganancias, tenga, en compensación, que afrontar las pérdidas. En cualquier caso, una cosa es ser socio por confusión (como el factor: art. 285 del Código de Comercio) y otra por pacto (art. 288): en el primer supuesto, hay un solo patrimonio; en el otro, dos (superpuestos). La especial posición (responsabilidad limitada a su aportación) del socio comanditario debe relacionarse con el hecho de que no sea él sino el colectivo el verdadero *dominus* del negocio —así se deduce del distinto control (de la contabilidad) que ejercen uno y otro: cpr. artículos 150 y 133 del Código de Comercio.

7. *Cautelas propias o típicas de la gestión estática.* Entre ellas, en primer lugar, debemos mencionar las que, después de algunos avatares, se tienen hoy por propias o típicas de toda administración estática, en concreto:

- i) el deber de hacer inventario de los muebles;
- ii) la obligación de tasar los muebles;
- iii) y, por último, la de prestar fianza de su restitución.

Esta triple cautela constituye la esencia de una vieja técnica de protección de la integridad patrimonial que, como es sabido, procede de la regulación romana del «cuasiusufructo» (60).

El inventario identifica los bienes afectos o reservados, la tasación envuelve una especie de transmisión al (patrimonio del) gestor y la fianza garantiza la restitución de su valor (actualizado o no): es decir, del valor de los muebles, y especialmente los fungibles, que inevitablemente se confunden con los propios en el patrimonio del gestor.

8. *La predilección por la fianza hipotecaria.* A mediados del XIX, en sede de dote o tutela especialmente, a cuya regulación remite hoy el fideico-

(60) Sobre la *cautio usufructuaria*, D'Ors, cit., pág. 206. Cfr. artículos 491 y 482 del Código Civil. Este es el origen, probablemente, del régimen de cautelas de la sustitución fideicomisaria: la usufructuaria/fiduciaria, por excelencia, es la mujer (*una cum filiis*): puente entre el marido y los hijos. La mujer traslada, manteniendo en vida el usufructo, los bienes (herencia) del marido a los hijos. En todo caso, la mera confección de inventario sin fianza constituye un presupuesto mínimo de la separación de patrimonios. La regla general en las gestiones conservadoras (de las que es ejemplo o prototipo la del heredero a beneficio inventario) es que la falta de inventario —o incumplimiento por sustracción dolosa de bienes o venta sin autorización— provoca la confusión de patrimonios, determina la pérdida del beneficio de la separación y desata la responsabilidad universal (cfr. arts. 1.003, 1.002 y 1024. 2 del Código Civil): PEÑA, *La herencia*, cit., pág.169. El heredero funciona entonces bajo el mismo régimen que el gestor de una sociedad: cfr. nota 68. Hay que advertir, de todos modos, que no siempre ha sido el mismo, el régimen de sanciones dispuesto por el legislador para conseguir que se adopten por los fiduciarios las medidas necesarias para asegurar la conservación del patrimonio. Por ejemplo, para la poco convincente sanción de pérdida de remuneración: cfr. artículo 151 CS (heredero de confianza) que habrá que completar con la caducidad de la *fiducia* y el paso de los bienes a los herederos *ab intestato* (si no da caución, se apropia *ipso facto* del valor o precio de los bienes: cfr. art. 135 CS). Menos adecuado todavía parece el régimen del albacea univeral (sea de realización dineraria o entrega de remanente): basta comparar lo dispuesto en los artículos 317 y 316 del CS (ni inventario ni fianza) con lo establecido en el artículo 208 del Código de Sucesiones (fideicomiso). ¿Cómo impedir la confusión de patrimonios y acreedores, si hay «realización dineraria» y no se hace inventario ni presta fianza? Podría, quizá, subsanarse esta deficiencia, haciendo reversible el mandato del 153.2 CS: si hay caducidad de la herencia de confianza cuando el heredero se apropia los bienes, lo mismo debe sucederle al albacea a quien se equipara (cfr. art. 319.2 CS). La diferencia entre los fiduciarios en las sustituciones fideicomisarias, y los herederos de confianza, los herederos a beneficio de inventario o los albaceas está en que la gestión de estos últimos es pura y exclusivamente conservadora.

miso catalán, la Ley Hipotecaria, siguiendo una inveterada tradición, mostró una comprensible predilección por la fianza hipotecaria (61).

La llamada «hipoteca legal» fue, en efecto, la solución preferida por el legislador para garantizar la devolución de los bienes de difícil identificación; porque se trataba de habilitar medios eficaces para garantizar la restitución de los bienes muebles o, en general, las cosas fungibles o las consumibles, que, como es sabido, tienen tendencia a mezclarse y, por tanto, desaparecer en el curso de la gestión (bien directamente por desgaste bien, con el paso de los años, por confusión con otras de igual naturaleza que incluya el patrimonio propio o personal del gestor o administrador).

De esta manera se liberaba de la gestión de muebles y fungibles del rigor del principio de subrogación ya que, en todo caso, se garantizaba la restitución de su valor; de modo que, en esos casos, para la atribución de las adquisiciones o ganancias a las distintas masas patrimoniales volvía a ser decisivo el criterio de por «cuenta de quien» actuaba el gestor.

9. *Gestión del patrimonio fiduciario, fianza hipotecaria e inscripción: consecuencias para el trust.* Parece, pues, que, siempre que en el *trust* predomine el fin de conservación o restitución, más que la autonomía de la gestión, el gestor tiene que ofrecer algún tipo de garantía que asegure la integridad de los bienes de fácil desaparición.

No hay duda que el aseguramiento del valor del fondo permitiría «dejar libres las manos» al gestor; y, por tanto, si se combina con una adecuada retribución, preferentemente a la parte, consigue un sabio equilibrio entre gestión y restitución.

Como veremos, será difícil, sin embargo, que esa especial responsabilización del gestor llegue a imponerse en la práctica.

(61) Para la estimación (que evita la indeterminación sobre la verdadera titularidad que genera la confusión de bienes) y la caución de devolución del valor mediante hipoteca, entre otros; cfr. artículos 168, 169.3, 172, 174, 175, 176, 177, 186, 187 (para al dote); 194, 201 (reserva); 202, 203 (peculio); 207, 212 y 214 (tutela y curatela) de la primera Ley Hipotecaria. La regla general es que el valor de los bienes confundidos, si hay estimación, saldrá del patrimonio del aportante e irá al patrimonio del gestor (salvo previsión legal de que se mantenga en el patrimonio separado: cfr. 1.681 y 1.687 del Código). En gananciales, la protección del fondo (desechada tradicionalmente la hipoteca del cónyuge gestor que administra los bienes del otro) se consigue, como veremos, a parte otras cautelas, mediante la presunción de ganancialidad activa (la llamada *vis atractiva*) que no pasiva. Para testamentaría, artículos 1.033, 1.062 y 1.066 de la LEC antigua; y quiebra, artículo 1.350. Para la institución de heredero por fiduciario (art. 148 CS, que remite a curatela: art. 304 CS). En este caso la dispensa de caución, como implica facultad de disponer, determina la transformación en fideicomiso de residuo (cfr. art. 246 *in fine*) (¿la misma solución en la sustitución fideicomisaria ordinaria?).

IX. SEXTO PROBLEMA. GESTIÓN DINÁMICA: LA DISCIPLINA DE LAS RELACIONES INTERNAS Y LA DEFENSA DEL PATRIMONIO VINCULADO

1. *La necesaria flexibilidad de la gestión dinámica.* No debería ser necesario decir que la propuesta civil e hipotecaria tiene graves inconvenientes: su rigidez la hace poco menos que inútil cuando las gestiones deben ser dinámicas o empresariales. Todo parece indicar que si se prefiere una dirección arriesgada habrá que liberar a los «ejecutivos» encargados de la obligación de prestar fianza (sobre todo, si es hipotecaria).

Hoy, en efecto, parecen preferirse de largo las gestiones dinámicas, probablemente más necesarias que nunca en un contexto de inflación más o menos desbocada.

El principio por el que se gobiernan, como es sabido, es la búsqueda de rentas o ganancias, con asunción de riesgo, por lo que no sirve o se puede considerar suficiente una gestión que se limite a asegurar la devolución del valor de los bienes recibidos.

2. *El control de la gestión dinámica.* Es, por ello, presupuesto de una gestión dinámica, la admisión o tolerancia con una gestión libre o «desenvuelta» por parte del administrador; sin más restricciones que las que puedan derivar de la ejecución eficaz de la comisión o encargo, ni más garantía que la que proporciona la propia responsabilidad personal (62).

La participación en los posibles beneficios y la competencia que existe en el mercado de directivos, se constituirían —al menos eso se razona— en el incentivo adecuado (sistema de premios y castigos) para conseguir que con-

(62) Cfr. los artículos 133, 134 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas. La obligación de prestar fianza (sobre todo si es hipotecaria y sobre bienes propios) no parece que pueda coonestarse con la gestión dinámica. *La finalitat pot esser d'inversió, de gestió o de garantia:* cfr. artículo 514.1.3 del Anteproyecto. En todo caso, entre las cautelas de la gestión de conservación y la de inversión o mercantil, tiene que haber posibilidades intermedias (cfr. ARROYO, *Por qué*, cit., págs. 34 y 36). Para la libertad de gestión de que gozaba el marido en el sistema tradicional de gananciales): cfr. PEÑA, «Acerca del artículo 1.364 del Código Civil», en *RDN* (1976), nota 63. «El patrimonio responsable (era) administrado sin verdadera separación del patrimonio personal del marido» (gestor) y sin que se adopten garantías mínimas en defensa de «los acreedores (que es lo que ocurre, por ejemplo, cuando el heredero acepta a beneficio de inventario; o cuando se trata de patrimonios administrados en régimen de representación legal). Pero aquí ocurre que *el administrador tiene facultades exorbitantes*: nunca estuvo obligado al inventario (cabe ocultación de bienes); actúa en los bienes como dueño (puede consumirlos, obligarlos determinar sin control el precio en que los enajena, donarlos en ciertas condiciones. Sobre la posibilidad de que dispense el constituyente la obligación de constituir fianza: cfr. artículo 514.7 del Anteproyecto (el fiduciario deberá observar las reglas que sobre administración le haya comunicado el constituyente) y 513.2 del Proyecto del CC (*l'administració de béns aliens es regeix per las disposicions de l'acte constitutiu*), y ARROYO, cit., pág. 34.

verjan en la práctica los intereses del gestor con los del patrimonio que administra.

3. *Las consecuencias del «infracontrol»*. Lo cierto, sin embargo, es que, porque los sistemas flexibles no toleran demasiadas restricciones a la gestión o administración (como las que resultaban de las hipotecas caución o fianzas hipotecarias), su implantación, más o menos generalizada, no sólo no ha impedido sino que, más bien, como cabía esperar, ha facilitado la comisión de expolios masivos y escandalosas malversaciones. No han sido las primeras ni serán las últimas.

Todo ello inclina a pensar que el régimen de las fundaciones, curadurías y tutelas —sobre todo cuando se reciben aportaciones directas o indirectas del Tesoro Público— no debería echarse, demasiado aprisa, en saco roto y que, por tanto, debería seguir siendo un ejemplo a tener en cuenta en la regulación de esta materia.

4. *La vigencia del principio representativo: la actuación en nombre ajeno*. Así las cosas, es perfectamente comprensible que el Derecho, para tratar de impedir este tipo de engaños o fraudes, haya experimentado distintas fórmulas o cautelas, siempre con la intención de conseguir eliminar, o al menos desincentivar, el oportunismo del gestor.

La regla general en este punto es que —cuando, como es el caso, *no puede funcionar la subrogación real— para identificar el patrimonio que se responsabilizará de la conducta del gestor, se atiende al nombre o a la cuenta de por quien éste actúa* (63).

Así, para vincular al *dominus* o principal, se suele entender, por lo general, que basta con que *el gestor exprese en el contrato que actúa en nombre ajeno*; o, aunque no lo diga, con que negocie públicamente en el establecimiento del que ha sido puesto al frente si pertenece notoriamente a un tercero.

5. *La concurrencia en el negocio del gestor y el principal*. Por desgracia, la experiencia diaria demuestra que esas precauciones son completamente insuficientes:

- i) El comercio o negocio exige rapidez y, por tanto, la tolerancia de cierta dosis de informalidad sobre todo entre clientes habituales;
- ii) los factores han traficado, trafican y traficarán, en beneficio propio, con fondos ajenos, en negocios del mismo género que los que realizan para sus principales;
- iii) y siempre habrá gestores, desde luego, que tratarán de desplazarles las pérdidas y apropiarse las ganancias (64).

(63) Cfr. nota 54.

(64) Cfr. artículos 286 (apropiación de los efectos) y 288 (factor); 136 y 137 (sociedad colectiva); 264 (comisión); 309 (depósito); 890.7 y 9 (comisión), 892 (agencia); todos del Código de Comercio.

Tradicionalmente, para prevenir los fraudes que este tipo de conductas posibilitan, el Derecho ha amenazado a los agentes poco escrupulosos con una sanción civil que, en el fondo, no consiste en otra cosa que aplicar al factor infiel la misma «medicina» que él pretendía aplicar a su principal. Es decir, en estos casos, «los beneficios de la negociación serán para el principal y las pérdidas para el gestor» (65).

Este principio, por su eficacia y justicia, puede decirse que ha sido acogido, con general beneplácito, por la doctrina y se ha transformado en una fórmula magistral que suele estar detrás de las distintas respuestas que se han ensayado en los Derechos de los diferentes países.

6. *Los casos de falta o ausencia de «contemplatio».* No era, en efecto, esta una cautela, desconocida por el Derecho Común, donde encontramos soluciones muy parecidas para hacer frente a los mismos problemas. La prueba más clara la tenemos, por ejemplo, en la regulación de la llamada «sociedad de gananciales».

Nuestro Código —al contrario que en el caso del peculio, la dote, los parafernales, o el fideicomiso— no exige que el gestor (dinámico) de la sociedad conyugal haga inventario o preste fianza alguna de la restitución del valor de todos aquellos bienes poco identificables que administra.

Evidentemente, *cuando no se puede determinar la titularidad de los fondos con que se negocia*, no existe verdadero peligro en los casos en que el gestor haga constar por cuenta de quien actúa (sea de sí mismo o del patrimonio que representa) (66). El verdadero peligro acecha, precisamente, en

(65) Cfr. artículo 613 (naviero); 288.2 (factor); 136 (sociedad); todos del Código de Comercio. Sirva, por todos, el artículo 288 del Código de Comercio: «Los factores *no podrán traficar por cuenta particular, ni interesarse en nombre propio o ajeno en negociaciones del mismo género de las que hicieron a nombre de sus principales* a menos que estos les autoricen expresamente para ello. Si negociasen sin esta autorización, *los beneficios de la negociación serán para el principal y las pérdidas a cargo del factor*».

(66) Es significativo el artículo 247 del Código de Comercio que sólo exige *contemplatio* expresa en los contratos por escrito: «si el comisionista contratare en nombre del comitente, deberá manifestarlo así; y si el contrato fuere por escrito (!), expresarlo en el mismo o en la antefirma; declarando el nombre, apellido y domicilio del comitente. En el caso prescrito en el párrafo anterior, el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el comitente y la persona o personas que contrataren con el comisionista; *pero quedará éste obligado con las personas con quienes contrató, mientras no pruebe la comisión, si el comitente la negare*, sin perjuicio de la obligación y acciones respectivas entre el comitente y el comisionista». La actuación *nomine proprio*, aún por cuenta ajena, parece habitual: «el contrato hecho por factor en nombre propio, le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado; *más si la negociación se hubiese hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal*» (art. 287 del Código de Comercio). Cfr. también su artículo 286: «Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando *notoriamente* pertenezca a una empresa o *sociedad* conocidas, se entenderán hechas por cuenta del propietario de dicha empresa o *sociedad*, *aún cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos* o se alegue abuso de confianza,

aquellos otros casos en que no dice si actúa en nombre propio o del fondo que administra y nada puede deducirse tampoco de las circunstancias (*ex rebus et facti circumstantium*) (67).

7. *El riesgo de «oportunismo» del gestor: la represión del comportamiento «leonino».* En estos últimos supuestos, si no se toman algún tipo de medidas, no hay duda de que se abre una vía para que factores poco escrupulosos recurran a esa forma de actuar (que habría que calificar de «indecisa», «confusa» u «oscura») siempre que se aventuren con negocios o empresas arriesgadas (gestión «dinámica» o sencillamente especulativa).

De esta manera, *siempre tienen o conservan esos factores la posibilidad de intentar poner a salvo su patrimonio, si las cosas van mal; y de reclamar, en cambio, las ganancias, si van bien* (67bis).

No otra cosa, por cierto, sucede siempre que cualquiera de los cónyuges adquiere a título oneroso, dejando intencionadamente en la penumbra, si lo hace para la sociedad o para sí mismo.

8. *Una primera respuesta del Derecho Civil: presunción de titularidad activa pero no pasiva.* Es por ello que, en el régimen de (la sociedad legal de) gananciales, se ha dispuesto una presunción de propiedad en contra del patrimonio del gestor. Y no sólo eso: la presunción de ganancialidad activa no se compensa con una presunción de ganancialidad pasiva (68).

transgresión de facultades o *apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que esos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento o, si aún siendo de otra naturaleza (...)*». Para el Derecho Histórico, MARTÍNEZ GILÓN, cit., pág. 188 y sigs.

(67) Sobre el artículo 1.717 del Código Civil, es probablemente acertada la interpretación de HERNÁNDEZ MORENO, *Comentario al artículo 1.717*, en MINISTERIO (COORD.), cit., pág. 1544, que no ve en el caso más que un supuesto de *praepositio* según Derecho Romano (doble acción, directa y «adyecticia»). Cfr. también, en el mismo sentido, artículo 287 del Código de Comercio. Cfr. nota 18.

(67bis) La máxima fundamental, por la que se rige la sociedad, puede cifrarse en la prohibición de obtener ventajas propias a costa del sacrificio de la sociedad: GILÓN, cit., pág. 297. «Esta idea de subordinación de los intereses propios a los intereses sociales (...) desde el punto de vista económico constituye el principal instrumento con que cuenta el sistema para impedir la *externalización de costes*»: cfr. PAZ ARES, cit., pág. 1327.

(68) Esta era la solución tradicional en el régimen de gananciales: cfr. artículo 1422.2 (derogado) del Código Civil, y STS de 2-3-1986. Cfr. PEÑA, *Acerca*, cit. págs. 185-186: «El marido (gestor) (tenía) sobre los bienes afectados por las deudas, posición semejante a la de dueño exclusivo (...) con la consiguiente confusión de patrimonios». Como hay confusión de patrimonios, el gestor responde universalmente. Para el probable origen de esta medida, cfr. nota 60. Esta era también la forma de gestión que se seguía en la, probablemente, más primitiva sociedad entre comerciantes (variante genovesa): responden solidariamente los gestores pero no porque haya una fianza entre patrimonios distintos (el de los gestores frente a la sociedad) sino por su confusión en uno sólo. Para el régimen de OOB (Ordenanzas de Bilbao): 10,13; cfr. PETT, cit., pág. 200, nota 113. De un lado están los socios gestores, responsables solidaria e ilimitadamente; y, de otro, los socios, que no se encuentran legitimados para usar la firma social, responsables sólo por el capital aportado. Hay otra línea de desarrollo que procede de los tratadistas de Derecho Común,

Es decir, en los casos dudosos, los bienes se presumen gananciales; las deudas, en cambio, privativas: lo que en la práctica no quiere decir otra cosa que, por lo general, las ganancias se las queda la sociedad y las pérdidas, el socio gestor.

Es más, en aquellos escasos casos en que un cónyuge pueda vincular el patrimonio ganancial, se le hace responsable frente a la masa consorcial del lucro o beneficio exclusivo que haya podido obtener en daño de la sociedad (art. 1.390 del Código Civil).

9. *Segunda cautela: la responsabilización del gestor.* La segunda respuesta del regulador civil —cuando, como en el caso de los gananciales, ha dispensado de constituir fianza que garantice la devolución del valor de los bienes que se administran— ha sido hacer responsable siempre, por la deuda contraída, al gestor.

Sin duda, una medida eficaz *para refrenar la bien conocida inclinación que tenemos los humanos a iniciar negocios arriesgados siempre que tengamos la posibilidad de apropiarnos las ganancias y desplazar las pérdidas* (69).

quienes en atención al Derecho Estatutario, habían consentido en responsabilizar solidariamente (en contra de los principios romanos) a los gestores presentes en el establecimiento por la actuación de cualquiera de ellos (*plures exercentes unam mercaturam; plures mercatores expedentes in simul; plures mercatores uni mensae, vel apothecae, seu negotio promiscui praesent; presente et sciente et non contradicente*); después de la aportación de BARTOLO, incluso a los socios ausentes que operasen en otro establecimiento (desde Pedro DE UBALDIS, aunque cada socio se encargue de ramas distintas): *Soci plures unius negotiationis in diversis locis videntur invicem institores, invicem praepositi*. Cfr. GALGANO, *Il principio de maggioranza nelle società personali* (1960), págs. 66 y 80 y sigs. Fue probablemente la aparición del *nomen* («en comandita» frente al «compañía») el que permitió la distinción entre sociedades colectivas y comanditarias como quiere GOLDSCHMIDT, *Storia universale del Diritto commerciale* (1913), pág. 227. Según BORNIER: *la raison est, pour favoriser par ce moyen (la solidarité) le trafic, et afin s'obliger tous. C'est pour cela qu'ils son réputés entr'eux institeurs, exerciteurs, preposés et maîtres*: cfr. PETIT, cit., nota 117. Para el parecido entre la única sociedad que conocen y regulan las Ordenanzas de Bilbao, y las cuentas en participación (llamada antes «sociedad anónima»), nota 53. Se explica, por ello, las «interesadas» correcciones que introducen los artículos 127 ó 148 del Código de Comercio («responden los socios colectivos, sean o no gestores») y del artículo 129 («innecesariedad del consentimiento de todos los socios presentes»). Es evidente la confrontación entre la doctrina tradicional (que subsistía todavía en el Código del 29) y las reglas de las «nuevas» cuentas en participación que se regulan como figura independiente: cfr. los artículos 241 y 242 («acción sólo contra el gestor»).

(69) La vinculación a fines y la consiguiente restricción de la responsabilidad del fondo es principio básico de la sociedad de gananciales: para la distinción entre obligaciones y cargas (en cualquier caso, tasadas) cfr. los artículos 1.318, 1.361 y 1.365 del Código Civil. El origen, sin embargo, de la limitación de la eficacia directa (representación) a los actos que se realicen en ejecución del objeto, destino o fin del fondo, con casi toda seguridad, tiene origen mercantil. El reconocimiento en nuestro Código de Comercio de la posibilidad de retirar fondos por los socios para hacer frente a gastos particulares (manutención, vestido, etc.: cfr. art. 139 del Código de Comercio) constituye un tributo a la vieja sociedad familiar (compañía es *cum panis*) —en que no podía haber patrimonios individuales separados (*societas omnium bonorum*)—. La sociedad universal en que la

Esta prevención, por lo demás, en el caso del régimen de gananciales, se complementaba con otra, incluso, más eficaz: la representación del consorcio tiene un contenido típico y sólo, en esos casos, puede quedar vinculado el patrimonio ganancial (70).

10. *La defensa contra la gestión fraudulenta: consecuencias para el trust.* No es casualidad la generalización en la legislación civil y mercantil de este principio jurídico que amenaza al gestor infiel (en el caso de que «juegue sucio») con el mismo trato que el pensaba dispensar al *dominus*. Cuando mayor sea el poder de disposición sobre los intereses del principal, mayor debe ser la responsabilidad frente a ese mismo principal.

Ahora bien, como es esta una sanción que se desenvuelve en el ámbito interno (diríamos entre partes), muy escaso es el papel que puede cumplir el Registro. La infidelidad en la gestión —cuando se utiliza torticeramente y es, por tanto, fraudulenta— justifica, por una parte, que, si las cosas van mal, se trate al administrador como socio —y, precisamente, en la posición de responsable último y final por las pérdidas—; y, por otra, que se le mantenga en su posición de gestor, y se le excluya de las ganancias, si las cosas van bien; pero son éstas, consecuencias que se mantienen en el marco puramente obligacional.

responsabilidad de los socios es forzosamente solidaria —por la existencia (por confusión) de un único patrimonio y, por tanto, de un solo activo y pasivo: *societas erecto non cito*— no excluye, sin embargo, el fin de lucro. De hecho solía (y suele) surgir entre hermanos (sociedad tácita) para la continuación del negocio paterno o familiar. En fin, lo cierto es que la delimitación del objeto societario (cfr. arts. 136 y 137 del Código de Comercio) permitió independizar definitivamente el patrimonio de cada socio del patrimonio social. La afección del fondo a una especie particular de negocio permitió a los socios (como en una especie de emancipación) adquirir para sí (por fuera de la sociedad) y no siempre para el grupo familiar. Con lo que no sólo se consiguió distinguir definitivamente la sociedad mercantil de la sociedad familiar (*societas fratrum*) sino que se permitió que *los socios pudiesen tener sociedades de objetos diferentes*, incluso como gestores (cfr. art. 137 *in fine*). La contabilidad de doble columna se estimaba suficiente para garantizar la separación «interna» de los distintos patrimonios. Por lo demás, la sociedad universal de ganancias (con objeto mercantil) subsistirá como una de las alternativas posibles: cfr. artículos 136 y 288 Código de Comercio. Por último, *la vis atractiva* del patrimonio social justifica que absorba las ganancias de cualquiera de los socios si la sociedad no tiene género de comercio determinado —o aunque lo tenga, si no se obtuvo autorización pero se consiguen en la misma especie de negocio— (cfr. art. 134 *a contrario* Código de Comercio).

(70) Sobre la inexistencia de la llamada «ganancialidad pasiva»: CÁMARA, *La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre familia* (1986), pág. 80 y sigs.; y PEÑA, *Derecho*, cit., pág. 255.

X. SÉPTIMO PROBLEMA: LAS RELACIONES EXTERNAS
Y LA DEFENSA DE LOS ACREEDORES. LA PUBLICIDAD
DEL PODER

1. *La necesidad de recurrir a las soluciones elaboradas en el Derecho Mercantil.* Las gestiones dinámicas, como sabemos, generan dos tipos de problemas porque, como hemos visto, estimulan estrategias que facilitan la realización de un doble juego muy peligroso:

- i) La primera consiste en el incentivo encubierto que producen para la malversación del activo por parte del gestor;
- ii) y la segunda, en el estímulo que generan también al fraude o engaño por parte del principal.

Se trata ahora de analizar esas prácticas, no desde el punto de vista de las partes (la llamada «relación interna»), sino de los terceros (la llamada «relación externa») porque, en esos casos, son precisamente contra terceros contra quienes, con más frecuencia, van dirigidas, especialmente cuando es posible, como es el caso, configurar el fondo en cuestión como un patrimonio independiente o «*cerrado*»: es decir, dicho llanamente, cuando responde de las deudas sólo con su patrimonio (responsabilidad limitada).

Es natural que las respuestas más elaboradas contra este tipo de peligros y distorsiones (generados por la excesiva «varianza» en el riesgo que soportan las gestiones dinámicas) se hayan concebido y elaborado —no hay en ello ninguna sorpresa— en el Derecho Mercantil, y concretamente en el de sociedades (71).

2. *La imposición de la contemplatio domini.* La respuesta ortodoxa al primer problema nos la ofrece el codificador en la regulación del contrato de sociedad. La gestión libre del administrador se compensa con una drástica limitación de la arbitrariedad en el uso de sus poderes.

El remedio, sin embargo, no ha consistido tanto, en este caso, en montar un juego de presunciones favorables al patrimonio común; sino, lisa y llanamente, en la prohibición de que se imputen a la sociedad deudas que no hayan sido contraídas por el socio administrador en «su carácter de tal y por cuenta de la sociedad» (art. 1697.1 y 1698.2 del Código Civil).

En resumen, «detrás de la poco clara expresión del Código se adivina, inequívocamente, el requisito de una *contemplatio domini*» expresa: el socio gestor sólo puede vincular a la sociedad si actúa en nombre de ésta. Nunca si el gestor actúa en su propio nombre o nada dice.

(71) Nada mejor para apreciar los peligros del «apalancamiento» y la «varianza del riesgo» que la lectura del artículo 888 del Código de Comercio.

Es decir, el fondo queda obligado, respecto a tercero, sólo por los actos que el gestor haya realizado en su nombre. Si no dice por quién actúa, nunca responderá la sociedad si hay pérdidas; aunque sí pueda reclamar y, por tanto, beneficiarse de las ganancias obtenidas por el factor (art. 1698.2 del Código Civil).

3. *La especialidad del tráfico mercantil.* La seguridad del tráfico, en que priman siempre los intereses de los acreedores, es incompatible con tal formalista modo de proceder que atiende exclusivamente al nombre de por quién se actúa. El tráfico de cosas venales en operaciones al contado, manuales y en masa, normalmente mediante contratos verbales, no permite, en efecto, tomar las precauciones típicas o propias de la contratación civil.

La gestión dinámica es, sin duda, el modo de administración típico del mundo mercantil; será, por tanto, en Derecho Mercantil, en donde debemos buscar las respuestas más refinadas a los problemas que genera o provoca.

Lo habitual, en efecto, es que, *en el tráfico mercantil no se haga mención alguna del nombre o el patrimonio por que se actúa; y que las mercancías transferidas, normalmente confundidas con las suyas en el establecimiento del gestor, tanto puedan pertenecer a éste como al principal* (72).

4. *La eficacia de la publicidad registral.* Sólo la publicidad general, y por anticipado, de las condiciones en que puede imputarse al patrimonio vinculado los negocios del gestor constituye remedio adecuado para que, sin merma de la claridad, nunca quede perjudicada la celeridad que imprime el mercado a las operaciones mercantiles (72bis).

(72) La confusión total fuerza la existencia de un solo patrimonio y, por tanto, la igualación de los acreedores particulares de cada uno de los patrimonios confundidos. Los problemas surgen cuando la confusión es parcial. Hay dos soluciones ejemplares recogidas en el régimen, paradigmático en este punto, de la accesión: reconocer la propiedad de los bienes a uno de los patrimonios a cambio de hacerlo deudor frente al otro por la cantidad en que se estime su valor (cfr. art. 375); o constituir una comunidad (sociedad) sobre los bienes mezclados o confundidos (art. 381). La cuestión se complica si hay mala fe: cfr. artículos 379, 382 y 383, cuyo régimen responde a los mismos principios de los artículos 613 (naviero); 288.2 (factor); 136 (sociedad) del Código de Comercio: cfr. nota 65.

(72bis) Cfr. artículo 292 del Código de Comercio: «consignándolo en sus reglamentos las compañías y comunicándolo los particulares por avisos públicos o por medio de circulares a sus corresponsales». Asimismo, cfr. artículo 293. La «doble baraja» que utiliza el gestor es la que —a falta de *contemplatio* expresa, tácita o, llamémosle, «registral»— permite consumir el fraude. Sobre los riesgos de fraude que envuelve la fórmula (muy semejante) del «*negocio a cuenta de persona por designar*», cfr. CASTRO, «Representación», en *Temas*, cit., págs. 124-125: «creada por uso de los prácticos (...) se utiliza (...) para reservarse la posibilidad de elegir el comprador más ventajoso entre posibles clientes (*facultas amicum eligendum*) (...). La doctrina recoge esta «artimaña» y la inserta en la institución de la representación (...). Con ello se oculta que aquí no existe representación abierta, que no existe su requisito esencial, la *contemplatio domini*, el saber el tercero con quien ha celebrado el negocio. En la práctica, el tercero que no sabe a quién irá a parar la cosa vendida (posible insolvente o quebrado) (...)».

Ahora bien, si todo se fía en la publicidad, es necesario arbitrar un conjunto de medidas eficaces para estimularla. Es en este contexto en el que hay que situar la vieja regla (recogida en el Código de Comercio hasta hace pocos años) en cuya virtud:

Los poderes no registrados no podrán utilizarse en perjuicio de terceros, quienes, sin embargo, podrán servirse de ellos en cuanto le fuesen favorables.

Es decir, como vemos, se aplica a los ventajistas la misma medida que esos mismos ventajistas (ocultando su estrecha relación a los terceros) querían aplicar a éstos (73).

5. *Protagonismo del gestor: la traslación del riesgo a terceros.* En definitiva, el que por actos propios, con su «conducta oportunista» (es decir, ocultando su doble condición de gestor y titular de distintos patrimonios) oculta su posición de poder —con lo que revela su intención de defraudar a los terceros— puede y debe ser tratado por éstos de la misma forma o manera.

No es necesario ser muy listo, ni por supuesto adivino, para prever que, si el gestor/fundador/beneficiario ha vaciado, antes del comienzo de las operaciones, su patrimonio personal en el fondo de nueva creación, *habrá representación sólo si toca cobrar, pero faltará siempre que corresponda pagar.*

Exactamente lo mismo sucederá, sólo que a la inversa, si el patrimonio afecto no es más que un fondo ficticio, o títere (patrimonio «sumidero» o «de desagüe»; es decir, insolvente *ab initio* o infracapitalizado), erigido de propósito para desplazar los riesgos de una gestión aventurera a los acreedores.

6. *El «doble juego» del fundador.* No muy diferente podía ser la respuesta del viejo *usus mercatorum* cuando el peligro de la manipulación fraudulenta del riesgo procedía no tanto del gestor como del fundador/beneficiario.

Es decir, cuando nos encontramos ante un fundador que intencionadamente oculta su aportación, para mantenerla sólo si las cosas van bien; y reclamarla (como prestamista o acreedor en perjuicio de los acreedores) en el caso de que las cosas vayan mal:

Las escrituras de sociedad no registradas surtirán efectos entre los socios que las otorgaron, pero no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable (art. 24 del Código de Comercio derogado).

(73) Para la reversibilidad del trato que merece el «aprovechado» o «gorrón» que juega a la confusión de bienes en su propio beneficio: cfr. los artículos 382 y 383 del Código Civil, que sientan la regla general en sede de accesión. Sobre delito civil y el régimen del contrato con causa torpe, que tangencialmente puede servir para ejemplificar lo que decimos, cfr. artículo 1.306 del Código Civil. Para el régimen de la complicidad en la quiebra, artículo 893 del Código de Comercio. Todos con la misma orientación.

Fraude que admite otra versión, no por más oculta y sofisticada, menos condenable. La calculada ambigüedad no se centra, en este caso, tanto en el hecho de si hubo aportación como si fue hecha en propiedad o usufructo. Siempre, evidentemente, con el mismo propósito: el de poder presentarse, si las cosas van mal, como acreedor (cesión en usufructo); y, si van bien, como beneficiario o socio del fondo o acervo común (cesión en propiedad).

7. *El protagonismo del fundador.* Por esta doble vía, en efecto, consigue el fundador/beneficiario conservar su dominio del curso o resultado final de los negocios (*dominus negotii*) sin necesidad de asumir el papel de gestor (o servirse de un «hombre de paja»).

Por esta vía, en efecto, no se reserva el fundador (como antes el gestor) la disposición de la deuda (del debitum o la Schuld); dispone sólo, pero basta, de la responsabilidad (o el Haftung).

La dotación del patrimonio afecto, por ello, no se concreta o precisa de antemano (*a priori*) sino que queda pendiente de decidir según cual sea el curso de los acontecimientos. Es decir, se consume, en caso necesario, sólo *a posteriori*. *Entre tanto, no se sepa si la gestión va a dar beneficios o pérdidas, la aportación «baila» entre el patrimonio del fondo y el personal del fundador:* una vez despejada esta duda (es decir, si la gestión fue o no favorable) la dotación nos revelará su verdadera faz.

Se entiende ahora por que, tradicionalmente, siempre que se ocultaba la dotación, para poder hacer aparecer o desaparecer el fondo, como por arte de magia, según las cosas fuesen bien o mal —en perjuicio de los futuros acreedores— se permitía a éstos hacer otro tanto de lo mismo, sólo que ahora a la inversa (es decir, hacer aparecer el fondo si las cosas fueron mal, o desaparecer si fueron bien) (74).

8. *El comportamiento desleal: la llamada «ley del embudo» y el principio de «reciprocidad».* En resumen, si lo que pretende el *verus dominus negotii* (es decir, quien obra en doble o triple condición: gestor/beneficiario o fundador/gestor/beneficiario) es condicionar la vinculación a los casos en que el negocio salga bien; debe soportar, en castigo de su mala fe, que la posible vinculación de los terceros, a quienes pretendía perjudicar, quede sujeta también a la misma condición.

Es decir, tiene que aceptar —porque es razonable y proporcionado— que se dispense por el Derecho a esos terceros de cumplir la obligación contraída si, al cabo, resultase que les perjudica o no les beneficia el negocio realizado.

(74) Para la sanción que se aplica a los cómplices con los quebrados, que sigue el mismo juego, cfr. el artículo 894.1 y 2 del Código de Comercio: «serán condenados: 1.º A perder cualquier derecho que tengan a la masa de la quiebra en que hayan sido declarados cómplices. 2.º A reintegrar a la misma masa los bienes, derechos y acciones (...).»

Estamos ante un caso o ejemplo típico de puesta en práctica del bien conocido «principio de reciprocidad» que tanta tradición tiene en las relaciones comerciales o mercantiles, tradicionalmente tuteladas por jurisdicciones especiales y privilegiadas.

Los principales o gestores que incumplían sus obligaciones (manteniendo indefinida su condición) para *burlar* la Jurisdicción mercantil si las cosas se ponían mal; no podían acudir luego a esa misma Jurisdicción en busca de protección, cuando las cosas fuesen bien (74bis).

XI. OCTAVO PROBLEMA: EL MANTENIMIENTO DEL BENEFICIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. LA PUBLICIDAD DE LA APORTACIÓN

1. *La confusión de funciones y la escisión de patrimonios.* Si el ánimo de lucro complica siempre las cosas —y la finalidad inversionista o especulativa (incremento de riesgo), lo hace todavía más— la confusión (originaria o sobrevenida) de los papeles del gestor o fundador y del beneficiario, lo hace muchísimo más. Porque, en efecto, una de las características más llamativas de los fondos fiduciarios es que no repugna que pueda constituirse para provecho del propio gestor o del fundador (*in rem suam*) como consecuencia de que sus posiciones jurídicas son intercambiables.

Evidentemente, la confusión de papeles o funciones (y consiguiente «unidad de interés») entre gestor, fundador y beneficiario —y la escisión o diferenciación de varios patrimonios (y, por tanto, su dominio simultáneo por una misma persona)— multiplica de forma inaceptable las posibilidades de fraude.

Poca duda cabe, por ejemplo, de que la confusión en una misma persona de los papeles de fundador y beneficiario, impide, en la práctica, diferenciar su posición de la del socio de una sociedad —y no, por cierto, de cualquier

(74bis) Este tipo de soluciones eran especialmente apropiadas en una Jurisdicción especial y privilegiada como era la mercantil tradicional (Fuero gremial). El acceso a la Jurisdicción consular o mercantil era un beneficio o privilegio del que sólo podían prevalecerse aquellos mercaderes que cumplían las reglas por las que se (auto) disciplinaba su propio gremio. Entre ellas estaba, en concreto, la obligación de hacer públicas en la matrícula del Consulado su condición de comerciantes, además de todas aquellas operaciones que tenían relevancia para terceros, como eran la constitución de sociedades —colectivas pero especialmente comanditarias— y la concesión de poderes a los representantes que establecían (como *institores*) al frente de sus factorías, especialmente en el extranjero. La calificación, como hoy en Derecho internacional, decidía no sólo el régimen aplicable al contrato sino también el fuero procesal (Jurisdicción mercantil u ordinaria). En todo caso, no parece que sea esta una experiencia que convenga, como se viene haciendo desde años, echar en saco roto. Hoy no conculcaría tampoco ningún principio constitucional; no hay propiamente indefensión. La *denegatio actionis* de la sociedad presupone cognición plena de los requisitos que la justifican (estamos ante una especie de sanción civil).

sociedad sino precisamente de una sociedad de responsabilidad limitada—. Los fondos fiduciarios, como es sabido, son patrimonios cerrados, por lo que nunca responsabilizan a los fundadores de las deudas contraídas en ejecución de sus fines.

2. *Los fondos de inversión cerrados: la responsabilidad limitada y sus requisitos.* En resumen, los patrimonios fiduciarios tienen un gran versatilidad y pueden perseguir finalidades muy diversas (el anteproyecto catalán habla, por ejemplo, de gestión, de inversión o de garantía); pero, en cualquier caso —y esto es lo relevante ahora— nunca responsabilizan al fundador por las deudas que no puedan cubrirse con el fondo afecto.

Ahora bien, nuestra tradición jurídica ha sido siempre muy exigente con aquellos inversionistas que sólo quieren participar en negocios arriesgados si cuentan con todos los «ases en la manga»: es decir, que quieren participar en los beneficios pero no en las pérdidas.

La mejor prueba de esa prevención la tenemos en las dificultades que siempre ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para conseguir una articulación aceptable del estatuto del socio llamado «comanditario» cuya disciplina —por los peligros potenciales que encierra el privilegio que se le reconoce (así se ha entendido hasta ahora)— ha obligado a poner en práctica medidas excepcionales, por rigurosas, de control.

3. *La equivalencia entre la posición del fundador/beneficiario del fondo y el socio comanditario.* Entre esas medidas está, en primer lugar, la publicidad. La publicidad es, en efecto, el mejor antídoto contra el fraude, el oportunismo y la mala fe.

El socio «co-manditario» (en oposición, al que actúa como «co-mandante») —si no quiere resultar afectado por los resultados negativos de una mala administración del fondo— no sólo debe abstenerse de dominar o mandar en la gestión del negocio (es decir, de administrar) sino que, además, tiene que hacer pública, anticipadamente, su condición, junto con el carácter y montante de su (limitada o tasada) aportación (75).

(75) En las sociedades tradicionales el problema no estaba con los socios cuya identificación era sencilla por su condición de gestores (*in simul*) o la incorporación de su nombre propio al de la sociedad, sino con los socios extranjeros, los que no eran gestores o no hacían nombre colectivo. El viejo artículo 24 del Código de Comercio hay que situarlo en este contexto. La incorporación de los bienes aportados quedaba en una evidente penumbra porque se producía una incertidumbre insuperable sobre si, en caso de quiebra o embargo, habría que imputarlos al patrimonio personal del gestor, del socio o de la sociedad y, por tanto, qué masa de acreedores tendría preferencia para el cobro. Por ello, como decían H. y A. FELICIO: *Aliquando fieri solet, quod uno tradat mercatori aliquam pecuniarum quantitatem in mercatura exercendam, cum pacto tamen quod solummodo obligari possit, et teneantur pro dicta quantitate data, el vulgariter dicitur dare in accomandita, et Florentini pollente valde ingenio, et prudentia, et tranctantes negocia, maxima cum sinceritate observant, quod in loco ad hoc deputado in libro ibidem existente annotentur societates, et accomanditae quae inter eos, et cum aliis exteris fiunt specifica*

Fue, en efecto, aquí, para el caso de los comanditarios, donde se ensayó, por primera vez, la respuesta doctrinal y legislativa que, a fin de cuentas, ha obtenido más éxito, como lo demuestra el hecho de su masiva recepción en todos los Códigos modernos.

La limitación de responsabilidad, que es de lo que, en último término, se trata, para ser admitida, exige un comportamiento leal por parte del constituyente o fundador, por lo que su reconocimiento se condiciona a que se despeje, anticipadamente, cualquier tipo de duda sobre este extremo (lo que, evidentemente, pasa por la necesidad de publicar, a través de la oportuna inscripción, el alcance del compromiso del constituyente con el fondo, es decir, el carácter de su aportación).

4. *La limitación de responsabilidad del fundador/beneficiario: necesidad de inscripción*. Es, sin duda, por todo ello, que hoy, como regla general, cuando los fundadores/beneficiarios quieren contribuir con aportaciones tasadas a fondos patrimoniales cerrados (fondos im/personales y autónomos: es decir, gestionados por administradores asimismo irresponsables), se venga exigiendo publicidad registral (ya que la publicidad de «hecho» en poco o nada puede contribuir para dirimir este extremo).

La «instrumentalidad» de la personalidad jurídica (y, por tanto, el posible riesgo de la utilización del beneficio de la «limitación de responsabilidad» como arma arrojadiza contra terceros con las consiguientes «externalidades») impone esa prevención.

La Constitución, en su artículo 22 establece una excepción sólo para las asociaciones de interés público: el reconocimiento de la responsabilidad limitada de un fondo erigido para obrar con autonomía en el tráfico privado exige, en cambio, control o autorización estatal.

5. *Las cautelas frente a los efectos o consecuencias de carácter «leonino»*. *La presunción de que se parte aquí* (y que, por tanto, precisa ser

exprimendo capitalia cuiusque socii. Et cum quibus pactis, el conditionibus fuerint contractae, et si fuerint dissolutae, et mutatae statim etiam describuntur in eodem libro, qui publice omnibus patet, et ab omnibus viteri potest. Cfr. MARTÍNEZ GILÓN, cit., pág. 202. Esta regla que exige la inmatriculación separada (de la sociedad comanditaria) se traslada (si es que no nació allí) al buque, que abre folio registral como si tuviese personalidad propia. El carácter desorbitado del riesgo de la navegación provocó un régimen privilegiado de los acreedores marítimos, cuyos intereses se defienden (*ius persecutinis y prelatiois*), por encima incluso de los compradores del buque (cfr. art. 582.2 del Código de Comercio) lo que, en correspondencia, justifica que, a cambio, se permita a propietarios y navieros limitar su responsabilidad (abandono del buque). La regla aquí es la contraria de la que regía ordinariamente. La inscripción del buque no es necesaria para reconocer la preferencia de sus acreedores y la responsabilidad limitada de los gestores o propietarios (cfr. art. 17 del Código de Comercio). Lo es, en cambio, para reconocer «efecto real» a la compra (cfr. art. 582) ya que, mientras no se inscribe, conservan su preferencia sobre el buque los acreedores marítimos. La separación del buque y su constitución en fondo autónomo e independiente (sea su «propietario» una o varias personas) se lleva hasta el extremo de adquirir todos los atributos de la personalidad jurídica «perfecta».

enervada) es que el que instrumenta un fondo lo hace, en principio, en su beneficio personal y que, por ello, *parece muy justo y proporcionado que, si quiere participar en las ganancias, asuma también las pérdidas.*

Siempre que las cosas no sean así —bien porque le mueva un ánimo de beneficencia, bien porque, siendo así, persiga un privilegio (una dispensa o una gracia)— *estará obligado el interesado (es decir, el fundador/beneficiario) a hacer constar con toda claridad ante terceros el sentido y alcance de las aportaciones realizadas (arg. art. 16.2 de la Ley Sociedades Anónimas) (75bis):*

En tales circunstancias, si la sociedad (el fondo) ha iniciado o continúa sus operaciones, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil.

Estamos ante un viejo principio, que como hemos visto, nació en el ámbito de la vieja *comenda*, encontró una formulación especialmente feliz en el Derecho marítimo y fue, finalmente, refrendado en sede de sociedades de responsabilidad limitada y fundaciones.

6. *El problema de la responsabilidad del gestor/beneficiario.* Si la confusión en una misma persona del papel de fundador y beneficiario impide distinguirlos, en la práctica, de un socio (de una sociedad); la confusión en una misma persona del papel de gestor/beneficiario, impide distinguirlos de un socio administrador.

Pero la posición de «socio administrador» ha venido siendo hasta ahora incompatible (cfr. arts. 126.2; 147.3 y 241 del Código de Comercio) con el mantenimiento de los privilegios típicos del comanditario (y, por tanto, con el beneficio de la llamada «limitación de responsabilidad») (76).

(75bis) Cfr. artículo 16.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. La sanción de responsabilidad ilimitada del fundador —en caso de falta de inscripción— se complementa con la facultad, transcurrido un año, de pedir la liquidación del fondo (cfr. art. 16.1 LSA). Para la caducidad de la fiducia en caso de confusión entre gestor y beneficiario: cfr. notas 60 y 77. No hay mucha diferencia entre el socio de una sociedad y el fundador del *trust* que sea, a la vez, su exclusivo beneficiario. Es, por ello, perfectamente comprensible que, en esos casos, caiga repetidamente el intérprete en la irresistible tentación de hacer a ese fundador responsable —subsidiaria pero ilimitadamente, como pasa con los socios— por las deudas del *trust*. No parece que, mediante el cómodo expediente de la constitución de patrimonio fiduciario en beneficio propio, se puedan burlar las cautelas que, en garantía de terceros, disponen leyes como la de sociedades anónimas o la de responsabilidad limitada. Lo más frecuente será que, en los *trusts*, se encuentren perfectamente disociadas o diferenciadas las posiciones de fundador y beneficiario —al contrario de lo que ocurre, por ejemplo, en los contratos de sociedad— pero, evidentemente, no tienen por qué ser las cosas siempre así.

(76) Administrar es también ofrecer el propio nombre para que se integre en la firma social («nombre colectivo») —lo que implica o responsabiliza ilimitadamente el propio patrimonio— en garantía de las operaciones realizadas por el gestor. La falta de

7. *La defensa de los acreedores.* En estos casos, *el mantenimiento de las ventajas tradicionales que se reconocen al socio sin responsabilidad (comanditario), sólo puede proceder, si se hace la oportuna advertencia registral de esta situación excepcional.* El tratamiento que se dispensa a las sociedades unipersonales es un buen ejemplo: artículo 129 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (76bis):

Transcurridos seis meses desde la adquisición del carácter unipersonal, sin que esta circunstancia se hubiese inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales durante el período de unipersonalidad. Inscrita la personalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad.

Ciertamente el socio único no tiene porque ser siempre, a la vez, administrador, pero de facto, actúa siempre, debido a su absoluta posición, como si lo fuera. En cualquier caso la respuesta del legislador es una clara muestra de los peligros que genera la confusión de papeles o funciones en una misma persona e indica un camino para hacer frente a los riesgos que genera.

8. *La defensa de los acreedores y publicidad registral: consecuencias para el trust.* En definitiva, no hay que olvidar que nada impide que la gestión de la *fiducia* sea arriesgada o especulativa (sino lisa y llanamente

inscripción del comanditario, como tal, no produce la nulidad de la sociedad sino sólo la responsabilidad ilimitada del socio: artículos 126.2, 147.3 y 241 del Código de Comercio: *nomem expedentes in simul*. Si responden como colectivos es que sigue habiendo sociedad. Lo único que pasa es que el socio (que pretendía conseguir la posición de comanditario) no puede hacer valer su condición frente a los terceros acreedores, pero nada impide que éstos puedan ejecutar sus créditos contra el patrimonio de la sociedad y de los socios. La participación en la toma de decisiones de los beneficiarios les contamina irremediablemente: cfr. ARROYO, *Por qué*, cit., pág. 36.

(76bis) Siendo, por lo demás, benévolos, si, como es el caso, el ir/responsable participa en la administración. «No parece adecuada la observación de la Sección de Derecho Patrimonial que sugiere que, en caso de coincidencia en una misma persona de las cualidades de constituyente, fiduciario y beneficiario, aquél deba responder de los créditos contraídos con posterioridad a la constitución del patrimonio fiduciario y, se sobreentiende, no con los bienes procedentes de su patrimonio personal, sino con los bienes de este último (...). Ya se ha insistido en la necesidad de establecer mecanismos correctores a tal fenómeno parecido a una "autocontratación", por las connotaciones fraudulentas que conlleva. Pero, desde luego, éstos no pasan por la solución apuntada»: ARROYO, *Por qué*, cit., pág. 51. ¿Nunca? El artículo 129 de la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada sanciona con la pérdida del beneficio de responsabilidad limitada al socio único que no hace constar en el Registro Mercantil la unipersonalidad de la sociedad. No creo que dispense de responsabilidad al gestor la aprobación de cuentas por el Juez (menos, la auditoría). La norma está pensada en defensa de terceros y sus intereses no son disponibles sin oírles o darles la posibilidad de oponerse (art. 24 de la Constitución). Para otras soluciones (caducidad de la fiducia), no tan convincentes, cfr. notas 60 y 77.

mercantil) y, por tanto, nada puede tampoco impedir que surja la inevitable tentación de servirse del *trust* como una fórmula que, sin responsabilidad del gestor o fundador/beneficiario, permita hacerse con beneficios importantes en una inversión instrumentada como un fondo de riesgo. Pero mayor riesgo si no apareja más rigurosa responsabilidad, impone, cuando menos, mayor control y, por tanto, una mejor publicidad.

Es estos casos (al que debe equipararse el de instrucciones secretas) no queda más remedio que decidirse por una eficaz y ejemplar defensa de los terceros acreedores; los inevitablemente perjudicados, por las maniobras oscuras u ocultas, siempre que las cosas vayan mal (77).

Es en este papel el que el Registro puede cumplir un inestimable papel, porque es el único que puede eliminar, el fraude —mediante el que hemos llamado «doble juego»— y, por tanto, servir de defensa de todos aquellos para los que fue pensado: los terceros, en este caso, los terceros acreedores. *La falta de inscripción impide mantener el beneficio de limitación de responsabilidad del gestor o fundador/beneficiarios.*

XII. NOVENO PROBLEMA: LA EXCLUSIÓN DE BIENES DEL FONDO MERCANTIL: UN EJEMPLO MUY INSTRUCTIVO

1. *El caso inverso: el peligro de las detracciones del patrimonio vinculado.* Si, por causa de la explotación de un negocio mercantil, se establecen relaciones estrechas de colaboración entre distintos patrimonios, para evitar su confusión en perjuicio de los respectivos acreedores, suelen adoptarse por el legislador ciertas cautelas o medidas que aseguren su independencia o separación (77bis).

En efecto, si la separación es el antídoto contra la confusión, una perfecta separación exigiría la más perfecta distinción entre los bienes que pertenecen a unos y otros lo que obligaría, en primer lugar, a identificar claramente las transferencias de activos que se producen entre los patrimonios que entran en contacto: es decir, no sólo de las aportaciones sino también de las detracciones.

Porque los mismos fraudes en perjuicio de los acreedores que, hemos visto, pueden producirse con las aportaciones, suelen producirse también en

(77) Para otros sistemas de prevención de las peligrosas consecuencias que puedan derivar de la confusión entre gestor y beneficiario: cfr. artículo 244 de la Compilación y 135 del CS. Caduca la confianza (y entran los herederos intestados) si el fiduciario la revela o cumple a su favor. Para la prevención frente a instrucciones secretas y, en general, las situaciones de confusión de papeles o funciones de los distintos operadores del *trust*: cfr. ARROYO, *Por qué*, cit., pág. 29 (*Blind* y *resulting trust*) y 41 (confusión entre gestor y beneficiario).

(77bis) Cfr. de nuevo artículos 890. 7, 8 y 9 del Código de Comercio.

el caso de las detracciones patrimoniales, sobre todo cuando, entre los titulares de los patrimonios afectados, existen estrechas relaciones de solidaridad o colaboración (78).

2. *El ejemplo de la dote y parafernales.* Precisamente con la intención de enervar ese peligro, en defensa de los acreedores, establecía el Derecho tradicional una prohibición más o menos rígida de contratos entre cónyuges. Hoy ese mismo principio late todavía con fuerza en el artículo 1.324 del vigente Código Civil (ineficacia relativa de la confesión).

El viejo (derogado) Código de Comercio —en el caso de la dote y de los parafernales— para evitar el riesgo de colusión entre esposos y conceder la separación de los bienes vinculados del patrimonio mercantil del marido, era todavía más duro y exigía su inscripción previa como tales dotales o parafernales en el Registro Mercantil.

La pregunta que hay que hacerse es por qué la inscripción en el Registro Mercantil de los bienes dotales o parafernales se entendió necesaria para que pudiesen las esposas de los comerciantes separar de la masa de la quiebra de su marido los bienes propios cuya administración le habían entregado, o levantar el embargo que pesa sobre ellos (78bis).

3. *La amenaza de responsabilidad ilimitada de la mujer.* La responsabilidad ilimitada de la mujer tenía un doble fundamento. En primer lugar, la entrega en administración para el ejercicio del comercio hace inevitable

(78) Cfr., para los peligros que para la quiebra suelen suponer las relaciones familiares, artículos 880.2, 881.2, 3 y 4, y 888.1 del Código de Comercio.

(78bis) A pesar de las duras críticas de la doctrina, la decisión del legislador parece plenamente coherente con el conjunto de la regulación que, en materia de quiebras y sociedades, resultaba del propio Código de Comercio. La condición de comerciante individual era una situación de hecho; pero, por ese solo hecho, todos los acreedores civiles quedaban automáticamente postergados a los mercantiles (art. 913.5 del Código de Comercio). Era razonable que, para evitar colisiones en perjuicio, ya no sólo de los acreedores civiles sino también, sobre todo, de los mercantiles, se condicionase el reconocimiento del derecho de restitución —y, por tanto, la separación de la dote y los parafernales entregados de la masa de la quiebra— a su inscripción no sólo ya en el Registro de la Propiedad sino en el Registro Mercantil. La especial protección en la quiebra de los créditos mercantiles no era más que la consecuencia de especial promoción que, en aquella situación, se dispensaba al ejercicio del comercio, es decir, a hombres emprendedores que, en contra de la tendencia natural que aborrece el riesgo (aversión al riesgo), son capaces de asumirlos. También se justifica en las perniciosas consecuencias que, para una economía industrial poco consolidada (pequeños empresarios) puede tener la quiebra de cualquiera de ellos. No cabe duda que las quiebras repercuten más en quienes más riesgos asumen. Es decir, los empresarios deben ser los más perjudicados o afectados por la suspensión de pagos de clientes con quienes negocian continua y repetidamente (concentración de riesgos). Es significativa la poca atención que han prestado los tratadistas habituales de sociedades a este fundamental precepto (art. 913.5 del Código de Comercio). Siempre que nuestro Código declaraba mercantil un contrato (y era siempre lo primero que hacía) concedía automáticamente especial privilegio a los créditos nacidos de él.

la confusión de los bienes entregados con los del marido, al menos de los muebles, pero la confusión de patrimonios es la antítesis de su independencia.

Siempre que los patrimonios están confundidos, lo que ocurre de verdad es que hay un solo patrimonio y por tanto un solo activo y pasivo; y por tanto una sola masa de acreedores.

La confusión es forzosa e inevitable, además, porque, en el tráfico mercantil, no es posible trazar una tajante separación entre administración y disposición, ya que tanto los muebles como los inmuebles, afectos al comercio, están destinados a la «reventa». En estos casos, la llamada «administración extraordinaria» (que comprende actos de riguroso dominio), es por decirlo así, la forma ordinaria de administración (79).

4. *La presunción de sociedad.* La responsabilidad ilimitada de la mujer por las deudas nacidas como consecuencia del ejercicio del comercio por su marido tenía además otro fundamento.

El legislador presumía que la esposa, que entregaba sus bienes al esposo comerciante, en realidad constituía una especie de socio comercial; y, porque lo presumía (por *facta concludentia* a causa de una *cohabitatio* permanente que hacía inútil la alegación de ignorancia) exigía que la esposa dejase constancia clara en el Registro Mercantil del carácter de su «aportación» —al igual que se lo exigía también a los socios típicos, pero, en este caso, no para que se la tuviese por socia sino para que precisamente no se la tuviese— (80).

Con ello, en realidad, no se perseguía otra cosa que impedir una forma de fraude, ya analizada: la que BIGIAMI denominó o llamó del «empresario oculto»: es decir, el fraude del extraño que se presenta como socio, si hay ganancias; y, como acreedor, si hay pérdidas (81).

5. *La rescisión parcial de la sociedad.* Lo importante es destacar que no había aquí especialidad alguna sino aplicación del criterio general que exige

(79) Artículo 10 del Código de Comercio derogado: «pudiendo enajenar e hipotecar». Para la confusión de los bienes destinados a la reventa, artículo 1.687 del Código Civil.

(80) En cualquier caso, lo cierto era que, según el Código, el marido, que ejercía el comercio en un establecimiento abierto al público, responsabilizaba a sus resultados los bienes de la mujer cuya administración ejercía salvo que se hubiesen inscrito en el correspondiente Registro, las escrituras de entrega de los dotes y las referentes a los parafernales. En otro caso, se producía algo así como un presunción *iuris et de iure* de que la mujer era socia de su marido. De no hacerlo así —es decir, de no practicar la oportuna inscripción— no prosperaría su derecho preferente a la restitución (y por tanto a la separación de la masa de la quiebra) frente a la oposición de los acreedores mercantiles de su esposo; y, por tanto, quedarían afectos dote y parafernales a las resultados del comercio.

(81) Sobre esta cuestión, la referencia canónica es BIGIAMI, «Società occulta e imprenditore occulto», en *RT* (1949), pág. 16 y sigs. Es desde esta fundamental intuición desde donde habría que interpretar, en mi opinión, el oscurísimo artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (acción individual de responsabilidad de socios y acreedores contra los administradores).

asiento registral, para reconocer eficacia en perjuicio de los acreedores a la detracción de parte de los bienes de un fondo mercantil (cfr. art. 220 del Código de Comercio) (82).

La verdadera medida excepcional no era la necesidad de inscripción sino la prolongación de la presunción de existencia de una sociedad de hecho (gananciales) entre esposos —además, universal en contra del art. 1.676 del Código Civil— en el caso de que la mujer no hiciese constar mediante la oportuna inscripción en el Registro Mercantil la separación de su patrimonio del de su esposo (83) (83bis).

Es decir, lo auténticamente excepcional está en la conceptualización como patrimonio especial (y por tanto sujeto a estrictas medidas de identificación) del dotal o parafernial y no el fondo mercantil (al contrario de lo que resulta del art. 237 del Código de Comercio y 1.667 y 1.668 del Código Civil) (84) (85).

(82) Artículo 220 del Código de Comercio: «Mientras en el Registro Mercantil no se haga el asiento de la rescisión parcial del contrato de sociedad, subsistirá la responsabilidad del socio excluido, así como la de la compañía, por todos los actos y obligaciones que se practiquen, en nombre y por cuenta de ésta, con terceras personas».

(83) En algunos códigos latinoamericanos, la omisión del inventario significa que la mujer prescinde de uno de los medios de prueba admitidos para acreditar los bienes que recibe y con los que únicamente responde: PEÑA, *Acerca*, cit., pág. 189.

(83bis) Sobre el injustamente vilipendiado artículo 24 del Código de Comercio derogado, sólo hay que decir que probablemente no se ha entendido ni poco ni mucho hasta ahora a causa de que no se ha situado en este contexto. La misma redacción, que tenía el artículo 29 antiguo, la encontramos ya en el Estatuto de Bolonia (1530): cfr. LATTES, *Il Diritto commerciale nella legislazione statutaria della città italiana (1882-1883)*, págs. 104-102.

(84) Para el sistema de las cuentas en participación, cfr. nota 53. Es irresistible la cita del artículo 128 de la LSRL, que está inspirada en el mismo criterio, cuando regula las relaciones entre el socio unipersonal y la sociedad (necesidad de inscripción para que los contratos puedan oponerse a la masa en caso de quiebra). En cualquier caso, la presunción en el caso de las sociedades mercantiles es la contraria. «Los bienes particulares de los socios colectivos que no se incluyeron en el haber de la sociedad al formarse ésta, no podrán ser ejecutados para el pago de las obligaciones contraídas por ella, sino después de haber hecho excusión del haber social» (art. 237 del Código de Comercio). Para separar o deslindar dos patrimonios, no es necesario describir pormenorizadamente ambos sino que basta con que se haga con uno de ellos. Ahora bien, del hecho que haya que inventariar uno, no resulta cuál de los dos debe ser elegido. Separación formal es, por ello, palabra que tiene un significado relativo y que, cuando se aplica a patrimonios, tanto puede exigir, por poner un ejemplo, que sea el patrimonio de la sociedad el que se describa, y separe por ello, del patrimonio de los socios como, al contrario, el de los socios de la sociedad. En cualquier caso es lo cierto que, en este punto, el legislador, por lo general, se ha atendido al principio de que normalmente debe tenerse por «separado» (y por tanto sujeto a ciertas garantías de forma y publicidad) el patrimonio de nueva creación o gestionado por persona distinta de su titular (o titulares) (cfr. arts. 1.667 y 1.668 del Código Civil).

(85) Otro tanto de lo mismo sucedía, pero a la inversa, cuando era la mujer quien ejercía el comercio con consentimiento del marido: cfr. artículo 8 del Código de Comercio derogado. Sólo que, en este caso, para poner a salvo sus bienes privativos, no le bastaba al marido con proceder a su inscripción, sino que debía revocar e inscribir en el Registro,

6. *Necesidad de la publicidad registral.* De todo ello deriva la necesidad de *hacer constar en el Registro*, cuando el fondo opera en el tráfico mercantil, *la devolución de los bienes aportados* y, asimismo, de todas aquellas cláusulas condicionales, o de cualquier otro tipo, que puedan provocar su restitución a favor del fundador, de sus herederos o de terceros.

Y consecuencias parecidas hay que deducir cuando sea el caso que haya que proceder a su liquidación, concurso o quiebra, porque primero es pagar que recibir y no hay beneficio sino en el residuo (cuota de liquidación). La liquidación del patrimonio o el fondo afecto no debe perjudicar a los acreedores que, de buena fe, hayan seguido concediéndole crédito.

XIII. LA FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. *Principios básicos.* Es sabido que el Derecho Inmobiliario Registral es el Derecho que se ocupa de la organización y efectos del Registro de la Propiedad que, por otra parte, no es más que el organismo oficial que se ocupa de hacer publicidad de los derechos sobre bienes inmuebles.

Es este un lugar común cuya cita, sin embargo, parece aquí especialmente apropiada porque, de esa declaración de propósitos, que resulta del primer párrafo del primer artículo de nuestra Ley Hipotecaria, resultan dos de los principios básicos sobre los que se organiza el Registro de la Propiedad: el principio de publicidad y el de especialidad:

- i) La publicidad de los negocios que causan u originan los derechos sólo tiene sentido frente a los que no han participado en su celebración porque los partes evidentemente ya los conocen: es por ello que tradicionalmente se ha considerado el Derecho Inmobiliario Registral como un derecho de terceros.
- ii) La especialidad es un principio, de raíz germánica, que organiza la publicidad de los títulos con relevancia inmobiliaria por fincas o derechos de modo que los negocios que afecten a la misma finca o derecho se inscriban en un único folio, unos a continuación de otros, pero no por orden cronológico (es decir, no a medida que se van presentando) sino lógico, de modo que los adquirentes de hoy sean los transmisores de mañana para, de esta manera, imposibilitar la publicidad simultánea de títulos contradictorios.

la autorización o licencia que había concedido a su mujer. Esta diferencia de trato, por lo demás, tenía entonces fácil explicación. La esposa, al contrario que su esposo, no podía impedir que su cónyuge ejerciese el comercio; de ahí, que, mediante la inscripción de los bienes parafernales y dotales, se le ofreciese un medio para poder sustraerlos a las reclamaciones de los acreedores mercantiles.

Constituye, por tanto, el ámbito natural del registro, la publicidad de los negocios que pretendan tener algún tipo de eficacia frente a terceros, pero siempre circunscrita a fincas o derechos precisos y determinados (86).

2. *La eficacia frente a terceros.* El Registro de la Propiedad no es instrumento adecuado para organizar las relaciones jurídicas entre las partes negociales, por hipótesis, ni tampoco puede servir, sin desnaturalizar su organización, para ordenar el régimen de conjuntos patrimoniales, ya que, in-sisto, el Registro no se lleva por personas o patrimonios, sino por fincas.

El primero es un límite estructural que no debe sufrir excepciones (y sin embargo, las tiene como en el caso del régimen interno de la propiedad horizontal o las capitulaciones matrimoniales), el segundo es, en cambio, funcional, y admite por ello amplias correcciones (desde las vinculaciones *propter rem* y las servidumbres a fincas especiales) (art. 8 de la Ley Hipotecaria).

Especial importancia tiene la primera de las excepciones porque nos permitirá aunar las ventajas del Registro de la Propiedad y el Mercantil, es decir, sumar al reforzamiento ordinario que produce la publicidad registral de la eficacia de las relaciones externas, la extraordinaria de las internas.

3. *Resumen final: papel de la publicidad registral.* En definitiva, para concluir, poco tiene que hacer la publicidad registral en el trámite de reconocimiento a un fondo patrimonial de capacidad jurídica y, por tanto, del derecho de propiedad sobre las adquisiciones que en ejercicio de esa capacidad se generen. Nuestro Derecho se ha contentado, por lo general, con la publicidad de hecho.

La cuestión es muy distinta cuando se trata no de reconocer capacidad sino de precisar la delimitación de patrimonios, tanto cuando se hacen aportaciones como detracciones, con la finalidad de paliar el evidente riesgo que, siempre que hay peligro de confusión de bienes, corren los respectivos acreedores de los patrimonios que entran en contacto. El mismo papel relevante hay que reservarle cuando es preciso dotar al patrimonio afecto de una representación orgánica; aunque en esos casos el riesgo provenga de la confusión de los bienes del fondo con los personales del gestor.

Especialmente efectivo se ha demostrado el uso del Registro para generar confianza y por tanto combatir el fraude de acreedores cuando hay peligro de que, para disfrazar operaciones especulativas o simplemente arriesgadas, se

(86) Sin duda la organización del registro es deudora también de otros principios, pero nos interesa ahora destacar sólo éstos porque, por así decirlo, «marcan el campo»; es decir, delimitan el alcance de toda posible investigación registral y, por tanto, de los problemas que puede abordar y las soluciones que puede ofrecer el sistema registral. Probablemente se comprenderá más fácilmente lo que queremos decir, y la importancia que todo ello tiene a nuestros propósitos, si se examinan esos principios desde el ángulo contrario, es decir, en negativo.

constituyan patrimonios «sumidero» o de «paja» que permitan desplazar a terceros las previsibles pérdidas.

En fin, no menos importante se demuestra el concurso de la publicidad registral cuando se busca articular garantías que permitan someter a adecuado control la administración: siempre que la gestión es estática, la inscripción de los bienes afectos y la constitución de una hipoteca que afiance la devolución de su valor, se han revelado instrumentos eficaces para conseguir asentar sobre sólidas bases la relación de gestión.

4. *La práctica del asiento: el paradigma de la propiedad horizontal.* Antes de terminar, sólo una propuesta sobre la mejor manera en que se podría articular la inscripción del *trust* en la práctica. Una propuesta que adopta un modelo, que, hasta ahora, con notable acierto, ha permitido aunar los efectos y ventajas que se vienen reconociendo a la inscripción en el Registro de la Propiedad y en el Mercantil.

Es frecuente que, en el Registro de la Propiedad se hagan constar patrimonios vinculados a fines determinados pero, probablemente, la fórmula que mejor se adapta a los objetivos que pueda perseguir el legislador al regular el *trust*, es el propio de las propiedades horizontales y urbanizaciones, y, en general, de las «fincas especiales».

Existe, en efecto, en la mayor parte de esos casos, una *lex destinationis* que se hace constar en el registro y que obliga a determinar, con claridad, las aportaciones que integrarán el fondo, su régimen de administración y los fines a que se vinculan.

Especialmente importante, por lo demás, es la claridad que, con la inscripción, se consigue sobre el funcionamiento del sistema de gestión, y la decidida protección y defensa que se ofrece no sólo a los terceros hipotecarios sino también a los terceros acreedores. Por lo demás, carece también de personalidad y no siempre constituye un patrimonio colectivo (87).

(87) En el Registro de la Propiedad se puede publicar también el régimen de gestión interna y representación frente a terceros de los fondos vinculados con importantes consecuencias prácticas: artículo 8.4 de la Ley Hipotecaria. «No es, en efecto, lo mismo que lo no inscrito no perjudique a tercero (...) que lo inscrito perjudique al titular registral en cuanto responsable de una apariencia en la que los terceros ponen su confianza»: PEÑA, *Derecho de Familia*, cit., pág. 184, nota 67. «Una modificación determinada por los mismos contrayentes no debe prevalecer frente a terceros si el registro sigue publicando poderes y facultades (art. 38.1 LH) que, por la modificación, no se corresponden con la realidad. Esto es lo que ocurre en otros regímenes estatutarios (propiedad horizontal, cfr. sentencia de 29-4-1970) y es lo que parece apoyar el 1.219». La falta de inscripción de los cambios de situaciones ya inscritas no «perjudica a los terceros protegidos por el artículo 34 LH. Pero (tampoco) (...) al tercero civil; es decir, a cualquier tercero que entre en relación con el consorcio ignorando que el régimen (...) no es, en cuanto a un inmueble el que resulta del Registro». Aquí no estamos ante un patrimonio colectivo, por lo que no tienen tanta importancia las reticencias de CÁMARA, *Estudio sobre la propiedad horizontal*, cit., pág. 369. Como advierte este autor, la personalidad jurídica es de reconocimiento

CONCLUSIONES

Es hora de hacer un balance final. Este breve escrito, que hoy se somete a la crítica de ustedes, ha tratado de analizar los problemas más habituales que suele presentar el reconocimiento del derecho a la libre creación de patrimonios independientes (o fondos separados) destinados a los más variados fines (en muchos casos, además, ocultos, y posiblemente especulativos) sin mediar ningún tipo de controles que garanticen una adecuada capitalización, y faltos, por último, de un modelo claro de imputación de los riesgos por las operaciones realizadas; sobre todo, cuando, al mismo tiempo, se admiten o toleran que puedan desempeñarse, por los fiduciarios, gestiones dinámicas, en beneficio propio o incluso del mismo fundador, sin obligación de cumplir con las mínimas garantías que permitan asegurar la integridad del patrimonio del fondo.

RESUMEN

TRUST. FIDUCIA

En este trabajo el autor analiza la figura jurídica del trust, procedente del Derecho anglosajón, su posible incardinación en el Derecho español y la influencia que pueda tener la publicidad registral para el logro de sus fines cuando se trata de un trust inmobiliario. Mientras que en su constitución y en la adquisición de capacidad normalmente rige una publicidad de hecho, sin necesidad de publicidad registral del trust, la publicidad a través del Registro de la Propiedad es básica a fin de garantizar la separación del patrimonio afecto respecto del constituyente o fundador y de sus deudas; a fin de proteger el patrimonio frente a acciones rescisorias como consecuencia del fraude de aportaciones; a fin de separar el patrimonio afecto de los bienes del gestor y hacer constar clara-

ABSTRACT

TRUST

In this paper the author analyses the Anglo-Saxon legal concept of the trust, the form trusts may take in Spanish law and the influence registry disclosure can have on the achievement of the purposes of an immovable property trust. While the constitution of and acquisition of standing for a trust carry de facto publicity and do not need to seek registry disclosure on top of that, disclosure through the property registration system is basic for guaranteeing the separation of the trust's assets from the constituent party or founder and his, her or its debts; for protecting the assets from rescissory action as a consequence of contribution fraud; for separating the trust's assets from the fund manager's property and making it clear that the person administrating the property is

imprescindible si quiere que los acuerdos adoptados por el «ente» puedan vincular a los miembros (socios) que se incorporen con posterioridad. En efecto, los acuerdos vinculan a los futuros miembros porque, aunque puedan éstos cambiar, la persona a que se incorporan sigue siendo la misma. Ahora bien, si fuese éste el cometido principal de la personalidad jurídica, poco interés tendría su reconocimiento en el caso del *trust*: los *trusts* no son entes de base corporativa o asociativa.

mente el carácter de mero gestor de quien administra los bienes; y, finalmente, a efectos de mantenimiento del beneficio de la responsabilidad limitada del fondo. El mismo papel relevante hay que reservar al Registro de la Propiedad cuando es preciso dotar al patrimonio afecto de una representación orgánica; aunque en esos casos el riesgo provenga de la confusión de los bienes del fondo con los personales del gestor. Especialmente efectivo se ha demostrado el uso del Registro para generar confianza y por tanto combatir el fraude de acreedores cuando hay peligro de que, para disfrazar operaciones especulativas o simplemente arriesgadas, se constituyan patrimonios «sumidero» o de «paja» que permitan desplazar a terceros las previsibles pérdidas. En fin, no menos importante se demuestra el concurso de la publicidad registral cuando se busca articular garantías que permitan someter a adecuado control la administración: siempre que la gestión es estática, la inscripción de los bienes afectos y la constitución de una hipoteca que afiance la devolución de su valor, se han revelado instrumentos eficaces para conseguir asentar sobre sólidas bases la relación de gestión.

merely a manager; and lastly for the purpose of maintaining the benefit of the trust's limited liability. The property registration system reserves the same leading role when the assets involved have to be given an organic representative, although in those cases the risk stems from confusing the trust's property with the manager's personal property. Use of the registration system has proved to be especially effective to generate confidence and therefore to fight creditor fraud when there is any danger of «dummy» trusts being set up to disguise speculative or simply risky transactions and shift the foreseeable losses onto third parties. In short, registry disclosure proves itself no less important when the point is to set up guarantees so the trust administration can be kept under proper supervision: Provided that the management is static, the registration of the property involved and the creation of a mortgage securing the return of the property's value have revealed themselves to be effective instruments for setting the management relationship on a solid foundation.

(Trabajo recibido el 27-06-06 y aceptado para su publicación el 18-08-06)

NOTA DE F. JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

Con el consentimiento y aliento del autor, aprovecho para expresar mi objeción a la no necesidad de inscripción en Registro público alguno para el reconocimiento de autonomía patrimonial o capacidad jurídica a los fondos patrimoniales. A mi entender, la inscripción en un Registro público de los patrimonios separados no sólo es de lógica jurídica sino también deducible de nuestro Ordenamiento Jurídico. La autonomía patrimonial, al igual que la personalidad jurídica es un concepto atinente a terceros, regido por principios de orden público, no sometido a la autonomía de la voluntad y muchas veces

una creación artificial del Derecho, que no puede dejarse en su prueba a datos de mero hecho. De la misma manera que los derechos reales, carentes de posesión, necesitan para su eficacia *erga omnes* una publicidad registral (hipoteca, derechos de adquisición preferente de carácter convencional, etc.), lo mismo aquellos patrimonios separados que pretenden ser centro autónomo de relaciones jurídicas necesitan la inscripción en un Registro público. Es el criterio además sostenido por numerosas normas legales, como ocurre no sólo en materia de sociedades mercantiles, sino también en materia de fundaciones, partidos políticos, asociaciones especiales y agrupaciones de interés económico, donde se exige la inscripción en un Registro público para adquirir personalidad jurídica. Pero la solución es la misma para patrimonios separados carentes de personalidad jurídica que van a ser centro de imputación de relaciones jurídicas, económicas o tributarias. Es el caso de los fondos. Los fondos carecen de personalidad jurídica, y sin embargo, deben ser objeto de algún tipo de publicidad registral. Evidentemente que para los fondos muchas de estas normas no exigen inscripción en el Registro Mercantil, pero siempre exigen una inscripción en un Registro público, sea del Ministerio de Economía y Hacienda, o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Basta con confrontar la normativa reguladora de los Fondos para comprobar la importancia que se dé a la publicidad en un Registro Público como requisito imprescindible para su funcionamiento autónomo. Así ocurre con los fondos de inversión previstos en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva; las uniones temporales de empresas, conforme a la Ley 18/1982, de 26 de mayo; los fondos de capital-riesgo, regulados por la Ley 1/1999, de 5 de enero; los fondos de pensiones, que se rigen por lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre; los fondos de regulación del mercado hipotecario previstos en la Ley 2/1981, de 25 de marzo; los fondos de regulación del mercado hipotecario previstos en la Ley 2/1981, de 25 de marzo; los fondos de titulación hipotecaria, regulados en la Ley 19/1992, de 7 de julio; los fondos de titulación de activos a los que se refiere la Disposición Adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril; así como los fondos de garantía de inversiones previstos en el artículo 77 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. De la misma manera cuando el artículo 11 del Reglamento Hipotecario, en la redacción dada al mismo por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, reguló de manera expresa la posibilidad de inscripción a favor de los fondos de pensiones, de inversión, de titulación hipotecaria o titulación de activos, a pesar de carecer de personalidad jurídica. Pero en absoluto se pronunció sobre la innecesariedad de la inscripción previa en un Registro Público de tales fondos. Y si el Tribunal Supremo (STS de 31 de enero de 2001) anuló la reforma reglamentaria, no fue por falta de sentido, sino por entender que carecía de suficiente rango normativo. La publicidad registral,

en definitiva, a mi juicio, es esencial para el conocimiento por terceros. Lo explica muy bien la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997, al analizar la adquisición de personalidad jurídica por las sociedades civiles sin objeto mercantil (pues las que tienen objeto mercantil indudablemente necesitan inscripción en el Registro Mercantil para adquirir personalidad jurídica, ex art. 119 del Código de Comercio). Esta Resolución destaca como existen importantes argumentos para entender que las sociedades cuyos pactos se mantienen reservados entre los socios son precisamente las sociedades civiles que no se inscriban en el Registro Mercantil; pueden señalarse en este sentido los siguientes: 1) El argumento sistemático, pues, sobre no ser coherente supeditar la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles a su inscripción en un Registro Público y prescindir de tal exigencia para la personificación de las sociedades civiles sin forma mercantil, cuando tan similares son las repercusiones que para el tráfico tiene la personificación de unas y otras. 2) El elemento lógico, por cuanto siendo evidente que la trascendencia *erga omnes* de la atribución de personalidad jurídica reclama que su concesión se produzca respecto de todos en un momento preciso y determinado, en la medida en que esa personificación de la sociedad civil dependa de la publicidad de los pactos sociales, habrá de concluirse que no ha de bastar la simple «publicidad» de hecho, esto es, la simple posibilidad de hecho que unos u otros terceros puedan haber tenido, con más o menos trabas, para conocer —quizá de modo fragmentario y casual— los pactos sociales y sus modificaciones —acceso a la información que siempre sería problemática en el futuro—, sino la posibilidad legal de conocimiento por todos, desde el momento inicial y al margen, ya, de la voluntad de los socios, y ello sólo se garantiza mediante el acceso de los pactos sociales a un instrumento oficial de publicidad establecido al efecto por la Ley, el cual dará fe tanto de la existencia como del completo régimen normativo aplicable al nuevo ente (adviértase, en este sentido, que el art. 1.669 del Código Civil no se conforma únicamente con la publicidad del hecho societario, sino que precisaría la de los concretos pactos sociales que estructuran la sociedad y regulan su funcionamiento). 3) El propio argumento histórico, pues admitiendo que los artículos 1.669 y 1.670 son preceptos complementarios que abarcan todas las sociedades civiles (éste para las que son inscribibles en el Registro Mercantil por razón de la forma adoptada, y aquél para las restantes sociedades civiles que por quedar excluidas del Registro Mercantil mantendrán sus pactos reservados entre los socios), encuentra plena coherencia su introducción conjunta en el texto del Código Civil, al mismo tiempo que se suprime el artículo 5 del título dedicado a las sociedades en el Anteproyecto del Código Civil, que de modo absoluto negaba la personalidad jurídica de la sociedad civil (no se trataría de cambiar radicalmente este criterio contrario a la personalidad jurídica de la sociedad civil, sino únicamente de excepcionarlo para las so-

ciudades civiles inscribibles en el Registro Mercantil, confirmándolo para las restantes, a la vez que recalcan las consecuencias jurídicas generales de la negación de personalidad, de ahí la proximidad del contenido entre el art. 1.669 vigente y el art. 55 del título dedicado a la sociedad en el Anteproyecto del Código Civil de 1882-1888). La Resolución de 31 de marzo de 1997 concluye pues, que las sociedades civiles no contempladas en el artículo 1.670 del Código Civil, carecerán de personalidad jurídica, produciéndose frente al exterior, en aspecto activo, una cotitularidad en los derechos sociales que se registrará por las disposiciones estipuladas en el contrato social, las disposiciones especiales sobre la sociedad y, subsidiariamente por las normas de la comunidad de bienes (cfr. arts. 1.669 en relación con el 392.2, ambos del Código Civil); y en el aspecto pasivo, la imputación a los propios socios de las obligaciones nacidas de las relaciones con terceros, sin perjuicio de la especial afectación de los bienes sociales a su cumplimiento (cfr. arts. 1.669 y 1.697 del Código Civil). La Resolución de 31 de marzo de 1997, tantas veces citada, destaca como la necesidad de inscripción en un Registro Público (en concreto del Registro Mercantil) responde, además, a las necesidades de la realidad social y coordinan con las tendencias de la nueva legislación. Con la exigencia de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil para que las sociedades civiles por el objeto a que se consagren, puedan ganar personalidad jurídica, se contribuye a dar seguridad, también en el ámbito civil, a las relaciones jurídicas a través del control de legalidad que esos requisitos comportan, y, en particular, a través de la publicidad registral. Por otra parte, la exigencia, en los fenómenos de personificación jurídica, del requisito de la publicidad entendida como constancia oficial en un Registro Público, constituye una constante de nuestro ordenamiento ya desde la propia época de la codificación (cfr. arts. 22, 25 a 31 del Código de Comercio de 1829; 119 del Código de Comercio de 1885; arts. 4 y sigs. de la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887; 5 de la Ley de 24 de diciembre de 1964 y 2 de la Ley 54/1978), e incluso después del propio texto constitucional (cfr. arts. 5 de la Ley 7/1980 de Libertad Religiosa; 6 de la Ley 3/1987 de 2 de abril, General de Cooperativas; 7 de la Ley 12/1991 de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico). Es cierto que la doctrina de esta Resolución de 31 de marzo de 1997 fue dejada sin efecto por Resoluciones posteriores, como es la de 10 de enero de 2005, que consideró suficiente la publicidad de hecho para la adquisición de personalidad jurídica a las sociedades civiles sin objeto mercantil. Pero no cabe duda que los argumentos vertidos por aquella no fueron desvirtuados sólidamente por ésta, que ni siquiera exigió escritura pública para la exteriorización de la personalidad jurídica, bastándole (¡!) la escritura de compraventa a favor de la sociedad civil particular constituida en documento privado para permitir la inscripción a favor de ésta de los bienes inmuebles adquiridos.

LECTURAS DE DICTÁMENES Y NOTAS

Inscripción de los bienes de dominio público

por

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Abogado del Estado

SUMARIO

- I. EL ARTÍCULO 5 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO:
 1. REDACCIÓN INICIAL.
 2. SU REFORMA EN 1959.
 3. LA REFORMA DE 1998.
- II. EL IMPACTO DE LA NUEVA LEY DE PATRIMONIO:
 1. INSCRIPCIÓN DEL DEMANIO.
 2. NOTAS DE LA DEMANIALIDAD.
 3. POTESTADES Y AFECTACIÓN EN EL DEMANIO.
- III. EL DEMANIO ANTE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS:
 1. PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN.
 2. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.
 3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.
 4. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.
 5. PRINCIPIO DE PRIORIDAD.
 6. PUBLICIDAD FORMAL.
- IV. EN TORNO AL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN:
 1. LA PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA.
 2. PRESUNCIÓN DE POSESIÓN.
 3. REFERENCIA A LOS INTERDICTOS.
 4. EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 41 DE LA LH.
 5. EL DEMANIO EN LA TERCERÍA.
 6. TERCERÍA EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.
- V. EN TORNO AL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA:
 1. OPCIONES DOCTRINALES. ROCA, GARRIDO FALLA.
 2. APORTACIÓN DE CLAVERO ARÉVALO.

3. TESIS DE MENDOZA OLIVÁN.
4. TRATAMIENTO EN FORNESA RIBÓ.
5. EL DEMANIO Y EL ARTÍCULO 34 DE LA LH.
6. UNA INTERESANTE SENTENCIA DEL TS.
7. DEMANIO, USUCAPIÓN Y REGISTRO.

VI. UNA REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA ESPECIAL.

VII. EL TRASCENDENTAL IMPACTO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

VIII. POSIBLES SALIDAS AL PROBLEMA CREADO.

I. EL ARTÍCULO 5 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

1. REDACCIÓN INICIAL

La reciente Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas ha puesto de total actualidad un tema que nunca dejó de tenerla: el de la inscripción del demanio en el Registro de la Propiedad. Antes de ver aquella Ley conviene echar una mirada atrás.

En el Reglamento Hipotecario de 1947, el artículo 5, como excepción al artículo anterior, exceptuaba de inscripción, en lo que ahora interesa: 1.º los bienes de dominio público a que se refiere el artículo 339 del Código Civil, ya sean de uso general, ya pertenezcan privativamente al Estado, mientras estén destinados a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de la defensa del territorio. 2.º los bienes de uso público de las provincias y de los pueblos incluidos en el párrafo 1.º del artículo 344 del Código Civil.

En su trabajo *La inalienabilidad del dominio público*, que CLAVERO ARÉVALO publicó en 1958 en el número 25 de la Revista de Administración Pública, apuntaba que ese artículo 5 del Reglamento no incluía a los bienes de servicio público de las Corporaciones Locales. Pero añadía que eso ocurrió porque cuando se dictó ese Reglamento de 1947 estaba en vigor en materia de bienes locales el Código Civil, que sólo mencionaba en los bienes de dominio público a los de uso público. Todavía no era aplicable la nueva legislación local. Entendía, en fin, que los bienes locales de servicio público también quedaban exceptuados de inscripción.

2. SU REFORMA EN 1959

Con la importante reforma del Reglamento Hipotecario por Decreto de 17 de marzo de 1959, el número 2 del artículo 5 recibió esta redacción: 2.º los

bienes municipales y provinciales de dominio y uso público, conforme a la legislación especial. El texto se armonizaba pues con la nueva normativa de régimen local (Ley de 1950 y Reglamento de Bienes de 1955), dejando claro el ámbito de la excepción; con lo que los bienes de servicio público eran inscribibles.

Poco antes de esa reforma, en la edición de 1954 de su Derecho Hipotecario, ROCA SASTRE indicaba que muchas veces se inscribían bienes de dominio público. En efecto, el artículo 303 del Reglamento Hipotecario presupone su inscripción, pues entre los requisitos que deben expresar las certificaciones de dominio, a los efectos de inmatriculación de bienes de entes públicos, figura el servicio público u objeto a que estuviera destinada la finca. Asimismo, el artículo 17 del Reglamento Hipotecario también lo preveía y el artículo 30 del propio Reglamento considera inscribibles los montes públicos no enajenables.

En definitiva, ROCA SASTRE estimaba recomendable esta práctica de inmatricular los bienes del Estado destinados al servicio público, especialmente cuando por tratarse de bienes inmatriculados los adquiere el Estado para destinarlos al servicio público.

También GARRIDO FALLA en la edición de 1974 de su *Tratado de Derecho Administrativo*, afirma que la excepción de inscripción del artículo 5 del Reglamento Hipotecario para los bienes de dominio público es clara para los de uso público. Pero la solución ha de ser distinta cuando se trata de bienes de entidades administrativas cuya calificación jurídica sólo depende del hecho, a veces circunstancial y transitorio, de que estén afectos a un servicio.

Y concluye que aquella excepción no se da para los bienes inmuebles que el Estado adquiere para instalar o construir edificios públicos, pues el artículo 57 de la Ley de Patrimonio del Estado (la de 1964) decreta la inscripción de los mismos en el Registro de la Propiedad.

3. LA REFORMA DE 1998

Con estos antecedentes no tiene nada de extraño que el artículo 5 del Reglamento Hipotecario fuese redactado de nuevo por el Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, quedando en esta última fórmula mucho más concisa, prudente y casi de remisión: *«los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción, conforme a su legislación especial»*.

Hablábamos de prudencia por no utilizarse términos imperativos sino permisivos y por remitirse en última instancia a la legislación específica, que no tardaría en aparecer.

En cambio, la modificación del artículo 6 del Reglamento por aquel Real Decreto de 1998 tuvo peor fortuna. En él se decía que al adquirir un bien, la

naturaleza de dominio público se haría constar en la inscripción del título de expropiación, deslinde, cesión obligatoria o cualquier otro del que resulte tal condición. La sentencia del 31 de enero de 2001 de la Sala 39 del TS declaró su nulidad.

Hay que entender que queda vigente la redacción anterior del artículo 6. Conforme a la misma, cuando un bien exceptuado de inscripción adquiriera el carácter de inscribible, se procedería a su inscripción. En cambio, cuando ocurriera a la inversa, esa circunstancia se haría constar por nota marginal.

II. EL IMPACTO DE LA NUEVA LEY DE PATRIMONIO

1. INSCRIPCIÓN DEL DEMANIO

En el campo mencionado ha supuesto un impacto verdaderamente formidable la nueva Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, Ley 33 de 2003, de 3 de noviembre de ese año. Ya en la Exposición de Motivos se halla la información de que los bienes demaniales se encuentran plenamente incardinados en el Patrimonio de las Administraciones Públicas.

El artículo 32, en el apartado 1, establece que esas Administraciones están obligadas a inventariar los bienes y derechos que integran su patrimonio. Precisamente el apartado 3 del artículo 33 encomienda a los Departamentos Ministeriales el llevar el inventario de los bienes de dominio público sometidos a una legislación especial cuya administración y gestión tengan encomendadas. Bien es verdad que el artículo 33 proclama en el apartado 4 que ese inventario general de bienes y derechos del Estado no tiene la consideración de Registro Público.

Pero vamos al precepto que podemos calificar de verdaderamente revolucionario y que es el que ha motivado estas líneas. El artículo 36 de la Ley de Patrimonio, con la rúbrica de *obligatoriedad de la inscripción*, dice en el apartado 1: «*Las Administraciones Públicas deben 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. No obstante, la inscripción será potestativa para las Administraciones Públicas en caso de arrendamientos inscribibles conforme a la legislación hipotecaria*».

El artículo 37 se refiere al título inscribible. En el apartado 1 establece que la inscripción en el Registro de la Propiedad se practicará de conformidad con lo prevenido en la legislación hipotecaria y en esta Ley.

Finalmente, la Transitoria 5.^a de la Ley, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes demaniales, prescribe que: «*Para el cumplimiento de la obligación de inscripción establecida en el artículo 36 de esta*

Ley respecto de los bienes demaniales de los que las Administraciones Públicas sean actualmente titulares, éstas tendrán un plazo de cinco años, contados a partir de la entrada en vigor de esta Ley».

2. NOTAS DE LA DEMANIALIDAD

Las características de los bienes de dominio público se resumen en la nota de su inercialidad que ha destacado perfectamente GARRIDO FALLA en su citado Tratado. Esa nota, dice, no significa volver a la tesis de que esos bienes no son susceptibles de propiedad privada. Se trata sencillamente de que esos bienes, mientras lo sean (de dominio público), están fuera del comercio jurídico privado.

A tenor de ello sería aplicable el artículo 437 del Código Civil, conforme al cual sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación y también el artículo 1.936 del propio Código, para el que son susceptibles de prescripción las cosas que están en el comercio de los hombres.

Aquellas tres características de los bienes de dominio público las reitera la nueva Ley de Patrimonio de 2003. En el artículo 6, letra *a*), como principios relativos a los bienes y derechos de dominio público. Y en el artículo 30, sobre régimen de disponibilidad de los bienes y derechos, al sentar en el apartado 1 que esos bienes y derechos de dominio público o demaniales son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Es lo mismo del artículo 607, sólo que en éste el no embargo se menciona en segundo lugar y la no prescripción al final.

3. POTESTADES Y AFECTACIÓN EN EL DEMANIO

Junto a estas características fundamentales, la Ley enuncia otras facultades o prerrogativas que alcanzan gran extensión en relación al demanio. Así, por lo que se refiere a la potestad de recuperación posesoria, el artículo 55 de la nueva Ley prescribe en el apartado 2 que: «*si los bienes o derechos cuya posesión se trata de recuperar tienen la condición de demaniales, la potestad de recuperación podrá ejercitarse en cualquier tiempo*».

En cuanto a la potestad de desahucio, el artículo 58 establece que «*las Administraciones Públicas podrán recuperar en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros*».

Finalmente la potestad sancionadora se ejercita por antonomasia ante los daños al dominio público. Y concretamente el artículo 192, relativo a las infracciones, incluye entre las muy graves la usucapión de bienes de dominio público.

Con relación al régimen de los bienes demaniales, resta mencionar la afectación y la desafectación. La primera supone la vinculación de un bien al uso o al servicio público. Y el artículo 66 de la Ley prescribe que esa afectación deberá realizarse en virtud de acto expreso por el órgano competente, «salvo que la afectación derive de una norma con rango legal». En los bienes de uso público esto último es lo normal.

En cambio, cuando el bien deja de estar destinado al uso o al servicio público lo procedente es la desafectación. Pero para la de los bienes y derechos de dominio público el artículo 69 de la Ley establece en el apartado 2 que: «salvo en los supuestos previstos en esta Ley, la desafectación deberá realizarse siempre de forma expresa». Verdaderamente que esa salvedad será algo excepcional. El exigir acto expreso es una enorme garantía para la defensa del demanio.

III. EL DEMANIO ANTE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

1. PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN

Bajo el supuesto de que se inscriban los bienes de dominio público, tratándose de los inmuebles, resta por ver el cómo se aplicarían al caso los llamados principios hipotecarios.

Por lo que hace al de inscripción, el artículo 36 de la nueva Ley de Patrimonio llenaría cumplidamente el cometido de determinar el objeto de la inscripción, al señalar como tal los propios bienes y los actos y contratos referidos a los mismos que puedan tener acceso al Registro; serían los de naturaleza o sustancia real.

No hay lugar a duda en el tema de la naturaleza de esa inscripción. No cabe decir que fuera constitutiva, puesto que el demanio existe, y normalmente declarado por Ley, con independencia de la constancia en el Registro. Se estaría pues ante una eficacia meramente declaratoria.

En cuanto a que estamos ante inscripciones obligatorias, así podría deducirse del término imperativo «deben inscribir» que utiliza el artículo 36 de la Ley de Patrimonio. Con todo, en cuanto a esto hay que remitirse al comentario de PAREJO GAMIR al artículo 2 de la Ley Hipotecaria, en el Tomo VII, volumen 3, de los dedicados al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por ALBALADEJO. Es una obligatoriedad bien escasa de consecuencias jurídicas, cercana a un buen deseo. Y es que en ese sentido se está ante lo que podría llamarse una ley imperfecta.

De otra parte, no cabe olvidar que las propias leyes administrativas establecen registros o catálogos para ciertas clases de bienes. Así el catálogo de montes públicos o los registros de aguas públicas regulados en la Ley de

Aguas y sus normas de desarrollo. Para los aprovechamientos de aguas públicas, el hoy artículo 64 del Reglamento Hipotecario es un ejemplo de la coordinación establecida entre la inscripción en el Registro de la Propiedad y la previa en el correspondiente Registro administrativo.

2. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

El principio de especialidad no debería ofrecer dificultad conceptual en su aplicación. Si acaso al llevarse el Registro por fincas, en el sistema de folio real, sí que supondría fuerte peculiaridad el que nuestro Registro Inmobiliario contase con fincas tales como el río Ebro o el río Guadalquivir. Después se hará otra mención a esto.

De otro lado, en las propiedades especiales administrativas hay normas bien detalladas sobre su deslinde, como ocurre con la zona marítimo-terrestre, o en los montes o los ríos. Igualmente y con relación a los puertos, la delimitación de la zona de servicio portuario tiene gran interés y notable incidencia.

Toda esta normativa es bien distinta de la que pudiera jugar en una finca registral ordinaria.

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Por lo que se refiere al principio de legalidad, tampoco ofrece dificultad en su aplicación a los bienes públicos. Si éstos acceden al Registro a través de documentación administrativa, las facultades para la calificación son las que normalmente existen para los títulos de esa naturaleza.

Ahora bien, el demanio tiene una suerte de normas protectoras que de hecho se aplican a la esfera registral. Las leyes sectoriales y hasta la propia del Patrimonio ofrecen claros ejemplos de ello. Y es sumamente frecuente que esas normas de protección se apliquen aún de oficio por el correspondiente Registrador. La jurisprudencia de la DG presenta muestras de esa tendencia cuando en el caso concreto está presente el dominio público.

4. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

Tampoco debe ofrecer problemas a los bienes públicos la aplicación del principio de tracto sucesivo. Ese encadenamiento constituye una exigencia conceptual que también tiene encaje en tales bienes. En cierta forma, el párrafo 2 del artículo 206 de la Ley Hipotecaria y el artículo 37, apartado 2, de la Ley de Patrimonio, vienen a suponer y facilitar ese tracto.

Sí es novedad importante, en relación a este principio, la contenida en el apartado 3 del artículo 37, donde a la certificación administrativa de dominio se le concede la posibilidad de reanudar el tracto sucesivo interrumpido. Pero sobre ello hay que remitirse a lo que expusimos en el número 684 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

5. PRINCIPIO DE PRIORIDAD

El principio de prioridad en cuanto a su aplicación formal o procedimental tendría también encaje en la registración de los bienes públicos. Algo en ese sentido había apuntado MENDOZA OLIVÁN en su obra de 1968 sobre *«el deslinde de los bienes de la administración»*. Según él, al dominio público sólo le afectaría interinamente lo que el Registro de la Propiedad tiene de eficacia formal.

Si a esa prioridad se le quiere dar un valor material y excluyente del tipo del artículo 1.473 del Código Civil, el tema cambia de aspecto. Porque entonces entran en consideración las notas características del dominio público, de las que éste no puede desprenderse sin violentar su propia naturaleza. También sobre este asunto se volverá más adelante.

6. PUBLICIDAD FORMAL

Dentro de la eficacia formal resta hablar del principio de publicidad en sentido formal. Y, ciertamente, que ese efecto de lo que consta en el Registro también se daría si lo inmatriculado fueran bienes de dominio público.

Pero cuando antes existía la excepción de inscripción era por algo. Por ello CLAVERO ARÉVALO, en el trabajo antes citado, indica que los bienes de dominio público, aún inmatriculados en el Registro, continúan teniendo ese carácter, *«lo que determina a los efectos de la buena fe, una publicidad demanial superior a la patrimonial que pudiera sugerir la inscripción registral»*. Y esto podría entenderse no sólo a efectos de la buena fe que citaba CLAVERO.

Más tajante aún es MENDOZA OLIVÁN, que llega a hablar de inutilidad al referirse a la publicidad registral. Y de ésta dice que *«en cualquier caso (es) de rango inferior a la deparada por la Ley con carácter genérico, para el dominio público natural, o por la afectación al uso o servicio público, en el denominado dominio público accidental»*.

IV. EN TORNO AL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN

1. LA PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA

Cuando la eficacia del Registro aparece es, sobre todo, al jugar las presunciones de existencia, posesión, exactitud e integridad de lo inscrito; lo que ocurre a través de los principios de legitimación y fe pública que pueden encuadrarse dentro del de publicidad en sentido material. Aquí entran en juego los artículos 38 y 34 de la Ley Hipotecaria y es precisamente, en relación a ellos donde la inscripción del demanio adquiere tintes altamente problemáticos. Comencemos por el de legitimación registral.

Ya en 1965 y en el número 46 de la Revista de Administración Pública, FORNESA RIBÓ se ocupaba de *«la eficacia del título hipotecario sobre parcelas de la zona marítimo-terrestre»*. Aludiendo al deslinde administrativo de dicha zona, expone el indicado autor que la administración debe respetar el estado posesorio de los bienes que se hubieran inscrito, en aplicación de los artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria, y conforme consagra la jurisprudencia.

La primera presunción que establece el principio de legitimación y el artículo 38 de la Ley Hipotecaria es la de existencia del derecho inscrito. Pues bien, cuando lo inscrito es el demanio, la existencia de éste ya resulta de la Ley especial que lo consagra o en su caso del acto de afectación.

Con relación a la afectación, ya recordaba la actual Ley de Patrimonio que la desafectación se producirá siempre por acto expreso. Difícilmente se mantendrá la tácita. Y si la demanialidad procede directamente de la Ley, como ocurre en muchísimos casos, la publicidad que ésta supone es superior incluso a la que pudiera determinar la inscripción registral. En cuanto a esto vale recordar las opiniones de CLAVERO y MENDOZA, citadas en relación a la publicidad formal en el Registro.

2. PRESUNCIÓN DE POSESIÓN

Enorme importancia tiene la presunción de posesión del derecho inscrito, contenida también en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Pero la duda surge cuando esa presunción a favor de un particular que inscribe se pretende hacer valer frente o sobre un bien que es de dominio público.

Puede traerse a colación lo que establece el artículo 6 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, al sentar los principios relativos a los bienes y derechos de dominio público, ejercicio diligente de las prerrogativas que la presente Ley u otras especiales otorguen a las Administraciones Públicas, garantizando su conservación e integridad.

Todavía el artículo 28 concreta la extensión de la obligación de proteger y defender el patrimonio. Las Administraciones Públicas están obligadas a ello; y a tal fin protegerán adecuadamente los bienes y derechos que lo integran, procurarán su inscripción registral y ejercerán las potestades administrativas y acciones judiciales que sean procedentes para ello.

Como telón de fondo están las tres notas características del dominio público. Y entre las potestades administrativas viene especialmente a cuento la de recuperación, posesoria del demanio, que no tiene plazo alguno para su ejercicio; por supuesto que también la sancionadora. Para ambas no se fija excepción alguna en la nueva Ley.

3. REFERENCIA A LOS INTERDICTOS

Como consecuencia del principio de legitimación se ha mantenido que el titular registral podrá acudir al juicio de desahucio por precario frente al ocupante del bien. Y además del procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, tendrá también en su mano el acudir a los interdictos posesorios.

Pero tampoco cabe olvidar que la vigente Ley de Patrimonio establece en el apartado 1 del artículo 43: *«Frente a las actuaciones que en el ejercicio de las facultades y potestades enumeradas en el artículo 41 de esta Ley y de acuerdo con el procedimiento establecido realicen las Administraciones Públicas, no cabrá la acción para la tutela sumaria de la posesión prevista en el artículo 250.4.º de la LEC»*.

Se refiere al típico interdicto de retener o recobrar la posesión. Y esa prevención no es sino reproducción de lo que con carácter general y bajo la rúbrica de prohibición de interdictos establece el artículo 101 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30 de 1992. Y no podría ser de otra forma cuando el artículo 437 del Código Civil, ya citado, excluye del objeto de posesión a las cosas que no son susceptibles de apropiación.

4. EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 41 DE LA LH

Mencionamos antes el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Hoy este precepto remite al trámite del juicio verbal para ejercitar las acciones reales dimanantes de los derechos inscritos. Acciones que están basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38 de la propia Ley.

Y el artículo 250 de la vigente LEC establece en el número 7 que aquel cauce servirá cuando se demande la efectividad de los derechos reales inscri-

tos frente a quienes se opongan a ello o perturben su ejercicio sin disponer de título inscrito que legitime la oposición a la perturbación.

El procedimiento del artículo 41 chocó pronto con la normativa de los montes públicos. De ahí que en la Ley de Montes de 8 de junio de 1957, el apartado 6 del artículo 11 proclamara que la pertenencia o titularidad que en el Catálogo se asigne a un monte sólo podrá impugnarse en el juicio declarativo ordinario de propiedad y ante los tribunales civiles, no permitiéndose el ejercicio de las acciones reales del artículo 41 de la Ley Hipotecaria con referencia a los montes catalogados o parcelas que de los mismos formen parte.

Si eso se predicaba en 1957 de los montes, piénsese lo que habrá que mantener hoy día para el demanio, cuando la reciente Ley de Patrimonio configura tan nítidamente las características de éste, cuando enumera las potestades administrativas que a él se refieren, y cuando excita a las administraciones a la celosa vigilancia, protección y defensa de ese demanio. En ello la legislación administrativa viene a marchar en paralelo con la normativa civil.

Es más, de ejercitarse ese procedimiento del artículo 41 frente a un bien demanial, es claro que las causas de oposición del artículo 444 de la LEC serían ampliamente esgrimibles. Poca fuerza tendría la relación jurídica con el titular inscrito a su causa habiente, cuando la demanialidad procede directamente de la ley, que se superpone a cualquier relación o voluntad de particulares. Y en cuanto a esgrimir la usucapión, poco sentido tiene cuando, a la inversa, precisamente esos bienes públicos no son susceptibles de prescripción por los particulares, ni aún de posesión. Y si a ese procedimiento del artículo 41 se le quiere atribuir un carácter ejecutivo, menos será ejercitable frente a aquellos bienes en los que no cabe tal ejecución.

5. EL DEMANIO EN LA TERCERÍA

Otro extremo relacionado con el principio de legitimación es el que aparece tratándose de las tercerías de dominio ante una posible ejecución sobre el demanio. Hoy el artículo 595 de la LEC, en el apartado 1 faculta para interponer la tercería a quien, sin ser parte de la ejecución, afirma ser dueño del bien, embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de éste una vez trabado el embargo.

Con independencia de que estos conceptos de embargo y ejecución son incompatibles con los bienes demaniales, la realidad es que si llegara el caso de ejecutar esa tercería por parte de la administración, aquella circunstancia ya sería un primer obstáculo que alegar, amén de que la demanialidad ya resultará acreditada o por la propia declaración de la ley o por el acto de afectación.

6. TERCERÍA EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Más atención requiere el caso de esa tercería de dominio cuando se esgrime frente a una ejecución hipotecaria. El artículo 132 de la Ley Hipotecaria de 1946 configuraba el supuesto como una de las causas de oposición al procedimiento judicial sumario. Era la 2.^a: si se interpusiese una tercería de dominio, acompañando, inexcusablemente con ella, título de propiedad de la finca de que se trate, inscrito a favor del tercerista o de su causante...

El supuesto se dio en la práctica judicial y en experiencia personal del que esto escribe. Ante una ejecución hipotecaria que afectaba en parte a la zona marítimo-terrestre, el procedimiento de la administración fue acudir a esa tercería alegando el dominio público de parte del bien ejecutado. El requisito de la inscripción se soslayó con el claro argumento de que, estando esos bienes exceptuados de la inscripción, mal podría exigirse esto; en ese caso la publicidad la daba la propia ley. Sin que haya que entrar ahora en consideraciones sobre la suerte ulterior de aquel litigio, el hecho es que la oposición se admitió a trámite, sustanciándose en la forma oportuna.

Aquel artículo 132 de la Ley Hipotecaria ha sido sustituido hoy por los artículos 695 y siguientes de la LEC. La tercería no figura ya entre las causas de oposición del artículo 695, sino regulada expresamente en el artículo 696. A la tercería de dominio habrá de acompañarse título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la constitución de la garantía. Si se trata de bienes cuyo dominio fuese susceptible de inscripción de algún Registro, dicho título habrá de estar inscrito a favor del tercerista o de su causante.

Ahora la alegación que el Estado hizo en aquella tercería no sería exactamente igual. Porque, frente a lo que entonces ocurría, hoy con la nueva Ley de Patrimonio los bienes del demanio son inscribibles en el Registro de la Propiedad; y más aún cuando se cumpla el plazo de demora de cinco años establecido en la Transitoria 5.^a de aquella ley.

En ese supuesto, ¿valdría la inscripción del bien demanial en el inventario general de los bienes y derechos del Estado? Porque, en definitiva, aún cuando ese inventario no tiene legalmente la consideración de Registro Público, sí que vendría a dar cuenta de la existencia de tal propiedad, y con la fehaciencia de fechas propia de la documentación administrativa.

Mas si ese inventario no se considera suficiente y la administración en ese caso no hubiera inscrito el demanio en el Registro de la Propiedad, ¿sería inadmisibles esa tercería de dominio entablada por la Administración?

No creemos ajustada tal consecuencia. Porque las características del dominio público dimanar de la propia ley y no del hecho eventual de la inscripción. De otro lado, la tercería se promovía frente a un proceso de ejecución; y ya queda claro que respecto al demanio no cabe la embargabi-

lidad ni la alienabilidad. Ante esas notas mal podrá darse un procedimiento cuyo final propio es la enajenación del bien. Si ni siquiera puede hacerlo la propia Administración, menos la instancia de un mero particular.

V. EN TORNO AL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA

1. OPCIONES DOCTRINALES. ROCA, GARRIDO FALLA

Llegamos al punto que constituye el verdadero banco de pruebas para la inscripción del dominio público. Nos referimos al principio de fe pública registral con sus presunciones *iuris et de iure*. Y como sobre esto hay valiosísimas aportaciones doctrinales, el mejor servicio que puede hacerse en la materia es el de dar cuenta de aquéllas.

La primera es de ROCA SASTRE. En la edición antes citada de su obra dice: *En cuanto a los bienes de dominio público, no cabe aplicarles lo que aquí se expone, ya que los mismos no son inmatriculables, conforme establece el número 1 del propio artículo 5 del Reglamento Hipotecario, y, por consiguiente, esto excluye totalmente el juego de los principios hipotecarios; pero lo mismo ocurriría si fuesen inmatriculados.*

Es muy importante esta última frase. De otra parte, ROCA escribe cuando la redacción de ese artículo 5 era la inicial de 1947. Ya dijimos más arriba que este autor creía conveniente la inmatriculación de los bienes de servicio público, y añadía: *«Empero, no es tan recomendable esta inscripción tratándose de bienes del Estado destinados al uso público».*

También es coincidente la opinión de GARRIDO FALLA, expresada en su Tratado. Ante el artículo 5 del Reglamento Hipotecario, que exceptúa de inscripción a los bienes de dominio público del Estado, se pregunta si estamos ante un caso de imposibilidad de inscripción o simplemente de no necesidad. Y afirma que la innecesariedad debe predicarse respecto del dominio público necesario o destinado al uso público. *«Pues a nadie se le ocurriría pensar en la inmatriculación registral de la zona marítimo-terrestre o de la carretera de Madrid a La Coruña».*

2. APORTACIÓN DE CLAVERO ARÉVALO

Si los dos autores citados apuntan el problema, quien verdaderamente lo aborda es CLAVERO ARÉVALO en el artículo mencionado de 1958. Plantea la posible pugna entre la inalienabilidad de los bienes de dominio público y la protección que al tercer adquirente proporciona el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Al estar los bienes de dominio público excluidos del tráfico jurídico, ese carácter extrarregistral respecto al Registro de la Propiedad determina que *«para los mismos no puedan jugar los principios hipotecarios. Siendo el principio de fe pública registral un principio hipotecario, no puede jugar en contra de la inalienabilidad del dominio público, porque estos bienes están exceptuados del Registro de la Propiedad»*.

Y concluye CLAVERO: *el problema se plantea cuando los bienes de dominio público, no obstante lo establecido en el artículo 5 del Reglamento Hipotecario, han tenido acceso al Registro y se han inmatriculado. Creemos que en tales casos procede la misma solución, por cuanto se tratará en todo caso de una inmatriculación y posteriores inscripciones indebidas, que no constituyen por sí mismas desafectación del dominio público»*.

3. TESIS DE MENDOZA OLIVÁN

A diez años de distancia de la aportación de CLAVERO, en el mismo sentido se pronuncia MENDOZA OLIVÁN, en su citado libro sobre el deslinde administrativo de 1968. Entiende que la cuestión es de prevalencia o no de los títulos de dominio de la administración sobre los bienes de dominio público (esto es, la ley y el acto de afectación) frente a la atribución de propiedad decretada por el Registro en provecho de quienes confiaron en la exactitud de sus asientos. En fin, se trata de saber si el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es aplicable a los bienes de dominio público, y si, por tanto, tiene virtualidad para consumir, según su juego habitual, un verdadero despojo en la propiedad que a la Administración corresponde sobre el demanio (mediante la adquisición *a non dómimo*).

Si bien se mira, dice: *«el problema es resuelto por la propia ordenación del Registro de la Propiedad, que es institucionalmente insuficiente para lograr un resultado tan excesivo desde el punto de vista material. Quiero decir que la mecánica ofensiva de la inscripción no alcanza a los bienes de dominio público, por la sencilla razón de que éste es ajeno al juego de los principios hipotecarios con virtualidad sustantiva»*.

Y concluye MENDOZA que *«la razón estriba en que la institución registral opera respecto de bienes comerciables, de bienes aptos para el tráfico jurídico, cuya seguridad garantiza merced a su ingreso en un Registro destinado a publicar las situaciones jurídicas a ellos afectantes. Por ser los bienes demaniales res extra commercium, su inscripción violentaría en tal medida el funcionamiento del Registro que éste provocaría, al no afectar el dominio público sus principios, una patente inseguridad incompatible con su fin principal»*.

4. TRATAMIENTO EN FORNESA RIBÓ

Si las aportaciones de CLAVERO y MENDOZA presentan un extraordinario interés, es verdaderamente culminante el del artículo que FORNESA RIBÓ dedicó al tema en 1965, publicado en la Revista de Administración Pública.

Según él, si no se trata de un tercero protegido, por ser inmatriculante o adquiriente a título gratuito, el efecto del principio legitimador registral no puede amparar los títulos de aquéllos, teniendo en cuenta el carácter de los bienes sobre que recae, que por ser inalienables e imprescriptibles, no pueden haber sido objeto de adquisición válida, sin que la fuerza del Registro pueda subsanar ni convalidar (art. 33 de la LH), la nulidad absoluta de aquellas adquisiciones.

Pero cuando aparece el tercero hipotecario sin una malicia o mala fe específica es cuando a primera vista pudiera pensarse que queda protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y ello porque la causa de nulidad no aparece en el Registro de la Propiedad. Frente a esa primera impresión, FORNESA levanta estos cinco argumentos.

En primer lugar, la eficacia hipotecaria sólo puede desarrollarse frente a otros derechos que fueran susceptibles de inscripción, y como los bienes de dominio público están excluidos de la inscripción en el Registro de la Propiedad, no puede pretenderse que la Administración del Estado resulte perjudicada por la existencia de una situación registral a la que los bienes afectados no tenían acceso de acuerdo con su propia naturaleza. Apunta FORNESA que la Administración recibiría un trato peor que el dado a los particulares.

En segundo lugar, se refiere a ese posible desconocimiento de las causas de nulidad. Y como su trabajo versaba principalmente sobre la zona marítimo-terrestre, indica que el adquiriente de parcelas en esa zona, por la propia naturaleza de los terrenos adquiridos, por su situación y por su colindancia con tal zona, conoció o pudo fácilmente conocer la clase del bien adquirido, su condición de bien de dominio público, la inalienabilidad que lo caracteriza y consiguientemente la nulidad de su adquisición.

En tercer lugar, expone que el Registro de la Propiedad no extiende la protección de la fe pública a los datos de mero hecho, elementos físicos o incluso la misma existencia de la finca. Por eso, operando la protección registral con esa limitación, debería atribuirse a la repetida finca (aquella parcela en dicha zona), registralmente protegible desde un punto de vista jurídico, una superficie cero, o sea, desde un punto de vista práctico una inexistencia total.

En cuarto lugar, en esa parcela enclavada en aquella zona la descripción de la misma, en las inscripciones del transmitente, como finca limitada en uno de sus extremos, ya sea por el mar, playa, Estado o zona marítimo-terrestre, sin que exista previamente la realización en forma de un deslinde admi-

nistrativo de aquélla, ofrece incuestionablemente al particular el conocimiento de la existencia posible de una causa de nulidad absoluta en su adquisición, no pudiendo alegar por tanto, buena fe ni gozar de la condición de tercero hipotecario protegible.

En quinto lugar, invoca una limitación institucional del Registro de la Propiedad. Y es que las delimitaciones de la propiedad, que concretan el alcance y extensión de su contenido en forma genérica, no necesitan de la publicidad registral. Así la defensa de la posesión y titularidad de los bienes demaniales no necesita el concurso de la protección hipotecaria. Y si bien, añade, este argumento no es necesario aplicarlo a los bienes de dominio público, por cuanto no son inscribibles, en el caso de que lo fuesen, debería entenderse aplicable a ellos la norma de excepción al principio de fe pública registral, fundada en delimitaciones legales o institucionales del derecho de propiedad. Invoca el parecer de ROCA SASTRE.

5. EL DEMANIO Y EL ARTÍCULO 34 DE LA LH

Hasta aquí las opiniones que mencionábamos. Es interesante comprobar que ofrecen una sustancial coincidencia, aunque se han vertido en momentos distintos. A su vez, parten de un egregio hipotecarista (ROCA), de dos ilustres administrativistas (GARRIDO FALLA y CLAVERO), y de dos juristas de la administración (FORNESA RIBÓ y MENDOZA OLIVÁN), que lo son como pertenecientes al cuerpo de Abogados del Estado.

Sin embargo, cuando ellos razonaban regía el principio de excepción de inscripción para los bienes de dominio público. Y eso hoy no existe a la vista del artículo 36 de la Ley de Patrimonio. Así surge la pregunta, ¿es que ahora el artículo 34 de la Ley Hipotecaria puede prevalecer frente a la incomercialidad de los bienes de dominio público?

Lo primero que hay que afirmar es que el razonamiento de aquellos autores se basaba fundamentalmente en que los bienes del demanio estaban excluidos del tráfico jurídico privado. Y tal argumento sigue siendo perfectamente válido hoy día. Si cabe, la nueva Ley de Patrimonio consagra con mayor claridad esas notas del demanio que derivan de la incomercialidad. Ya esto quedó expuesto más arriba. Incluso aquellos autores exponían que su solución había de ser la misma aunque tales bienes se inscribieran.

Efectivamente, entendemos que esa máxima protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y la adquisición *a non dómimo* subsiguiente no pueden darse respecto de bienes de dominio público. Esa consecuencia chocaría abiertamente con la clara inalienabilidad que hay que predicar del demanio. Si esa nota juega hasta para la propia Administración, con mucho más motivo frente a actos de particulares, aunque de forma irregular pudieran acceder al Regis-

tro. Cuando esa adquisición *a non dómimo* encuentra su último fundamento en la ley, no cabe que ello se produzca contra el mandato expreso y taxativo de otra ley.

6. UNA INTERESANTE SENTENCIA DEL TS

Queremos traer aquí a colación una interesante sentencia de la Sala 1.^a del TS. Es la de 9 de noviembre de 1984 (RA 5546), con ponencia de MARTÍN GRANIZO. Se refiere precisamente a la zona marítimo-terrestre, que puede considerarse un ejemplo emblemático del demanio.

En aquel caso una finca había sido enajenada en 1871 como consecuencia del movimiento desamortizador; lo fue en escritura pública y con intervención judicial. Pues bien, la sentencia proclama que, a pesar de ello, no hubo verdadera desafectación de lo que constituía dominio público. Y eso que el tiempo transcurrido era un siglo y que la enajenación había partido de la propia administración.

Hasta tal punto se protegió la inalienabilidad del demanio. La sentencia citaba la Ley de Puertos de 1880, se remontaba al Digesto y se apoyaba ampliamente en las Partidas. También pudo haber citado la primera Ley de Aguas, la anterior a la de 1879.

7. DEMANIO, USUCAPIÓN Y REGISTRO

Lo que se ha dicho respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria habría que aplicarlo a lo dispuesto en los artículos 35 y 36 con relación a la usucapión. Porque también aquí se produce la tensión cuando estamos ante bienes de dominio público.

En la usucapión *secundam tábulas* del artículo 35, éste considera justo título a la inscripción. Pero cuando se pretende adquirir por esa vía bienes del dominio público de la Administración, mal podrá tener cabida el precepto, ya que esos bienes son por principio y por definición legal imprescriptibles. Incluso ni son susceptibles de posesión en contra de esa administración.

Con más motivo será aplicable lo dicho en la usucapión *contra tábulas* del artículo 36. Nunca podrá darse frente a bienes de dominio público que no son susceptibles de tal forma de adquirir. No cabe su apropiación irregular, y por tanto nunca podrá consumarse aquella prescripción adquisitiva. La norma hipotecaria que es general no puede ir contra aquella ley especial.

Tan se proscriben la usucapión frente al dominio público que la nueva Ley de Aguas nos da un ejemplo de ello. Con la anterior de 1879, los aprovechamientos de aguas públicas podían adquirirse por usucapión (no el agua en sí

que era dominio público, pero sí su uso o disfrute). Pues bien, ello se suprimió en la ley actual. A partir de ella el aprovechamiento de aguas públicas sólo puede obtenerse mediante concesión administrativa.

VI. UNA REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA ESPECIAL

La normativa que hasta aquí se ha citado de la nueva Ley de Patrimonio es independiente de la específica de cada ramo. Ya en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, al desarrollar los derechos inscribibles, en el número 6 se refería a los títulos de adquisición de los inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las Corporaciones Civiles o Eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos.

Y que esa legislación especial es importante lo destaca la Exposición de Motivos de la propia Ley de Patrimonio, cuando indica que la regulación del dominio público opera con carácter supletorio respecto de la legislación especial.

Una concreta llamada a ésta aparece en la Ley de Patrimonio en su Disposición Final 4.^a Conforme a su apartado 1, los departamentos ministeriales y organismos públicos a los que corresponde la gestión y administración del dominio público estatal de carreteras, ferrocarriles, aeropuertos, puertos, montes, aguas, minas, zona marítimo-terrestre, dominio público radioeléctrico y demás propiedades administrativas especiales, ejercerán las competencias establecidas en su legislación específica.

Tal vez esa enumeración no sea exhaustiva; y conviene recordar que el apartado 1 del artículo 66 de la Ley de Patrimonio, cuando trataba de la afectación de los bienes al dominio público, lo primero que preveía es que aquélla derivara de una norma con rango legal.

Es más, la propia Constitución Española de 1978, en el artículo 132, menciona como bienes de dominio público estatal el mar territorial, los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

VII. EL TRASCENDENTAL IMPACTO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Si acabamos de citar la Constitución, en realidad es con el artículo 132 de ella como tendríamos que haber comenzado este trabajo. Su apartado 1 es esencial. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. En el apartado 2

añade que son bienes de dominio público estatal (aparte los que antes citamos) los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas. La mención de esa zona hubiera sido de interés para el trabajo de FORNESA, publicado trece años antes de aparecer nuestra Constitución.

Más lo esencial es que aquellas características de inenajenabilidad del dominio público, no es que estén en la Ley de Patrimonio porque el legislador ordinario así lo haya entendido, sino que figuran porque con ello se ha limitado aquélla a cumplir un claro mandato constitucional.

Más arriba dijimos que el juego del artículo 34 de la Ley Hipotecaria no podrá dejar sin efecto lo prevenido en otra ley especial (la de Patrimonio) que consagra la inalienabilidad del dominio público. También que los artículos 35 y 36 no podían desvirtuar la nota de imprescritibilidad que esa misma Ley de Patrimonio atribuye al demanio.

Pero ahora debe añadirse que esos preceptos de la Ley Hipotecaria lo que nunca podrán prevalecer es frente al nítido mandato de la Constitución que en el artículo 132 consagra esas notas características del dominio público. Ninguna ley ordinaria podrá soslayar tales mandatos, so pena de convertirse en abiertamente inconstitucional.

Por tal razón aquellas opiniones prácticamente unánimes de los cinco autores citados en este trabajo (expuestas en fecha anterior a 1978) han recibido hoy día el expreso refrendo de nuestra Constitución.

Ante ello, el mandato del artículo 36 de la Ley de Patrimonio se presenta como altamente problemático. Bien es verdad que templado por la moratoria de cinco años que introduce la Transitoria 5.^a de su texto legal.

VIII. POSIBLES SALIDAS AL PROBLEMA CREADO

Si el juego de los principios hipotecarios se compadece mal con el demanio y sus notas características, podía haberse pensado en que la inscripción de aquél en el Registro fuera a los meros efectos de una publicidad noticia, diciéndose así expresamente. Lo que ocurre es que para tan escasa virtualidad casi estaba de más el precepto de inscribir. Máxime cuando existe el inventario general de bienes del Estado; cuando, respecto de las propiedades especiales administrativas ya hay catálogos peculiares (el de montes, el de aguas, etc.); y cuando las concesiones administrativas sobre ese demanio ya estaban previstas como inscribibles en la ley y sobre todo en el Reglamento Hipotecario.

También podía haberse pensado en decretar aquella inscripción, pero con la aclaración de que a esos bienes demaniales sólo afectarían los principios formales del Registro, mas no los de carácter material o sustantivo. O, dicho de otra forma, que la inscripción de esos bienes demaniales sería siempre sin

perjuicio de las notas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad que adornan al demanio.

Ahora bien, se emplease una u otra fórmula de las indicadas en el párrafo anterior, lo que cabe dudar es de la conveniencia de mantener la inscripción que tales limitaciones tiene en cuanto a sus efectos. En primer lugar porque de cara a los terceros supondría crear una apariencia de comercialidad y tráfico que luego está desmentida por la propia naturaleza de los bienes.

Y en segundo lugar por las consecuencias para la propia institución registral. Porque supondría hacerle flaco favor a ésta el introducir en su seno una masa de bienes a los que después los principios hipotecarios más importantes serían prácticamente inaplicables. Resultarían proféticas las palabras de MENDOZA OLIVÁN de que esa inscripción del demanio violentaría el funcionamiento del Registro, con lo que al final se crearía una patente inseguridad jurídica que precisamente es lo contrario a la finalidad principal que el Registro tiene.

Ante tan oscuro panorama y ante el problema frente al que no cabe ocultar la cabeza al estilo avestruz, quizá no estuviera mal el desear que esa moratoria de cinco años de la Transitoria 5.^a se vaya prorrogando en el tiempo hasta hacerse definitiva; porque mejor era la situación anterior. Y de esas demoras indefinidas hay ejemplos en nuestro Derecho. Aunque claro es que podríamos estar equivocados.

RESUMEN

DOMINIO PÚBLICO

El Reglamento Hipotecario de 1947 había exceptuado de inscripción los bienes de dominio público. En este panorama incide fuertemente la reciente Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas que prescribe la inscripción de esos bienes sin distinción alguna.

Ya la doctrina hipotecaria y la administrativa había planteado las dificultades que supondría el acceso al Registro del demanio, concretamente por su tensión con el principio de fe pública.

En el trabajo se ponen en parangón los distintos principios hipotecarios con el dicho demanio. Especialmente la tensión es sumamente grave en el caso de aquel principio básico, en cuanto que el dominio público está adornado de la

ABSTRACT

PUBLIC DOMAIN

The Mortgage Regulation of 1947 exempted property in the public domain from registration. The recent Public Administration Patrimony Law, which calls for the registration of such property without any distinctions whatsoever, has a heavy impact on this scene.

Mortgage and administrative doctrine has already raised the question of the difficulties that would be entailed in the registration of inalienable property in the public domain, due to the tension between that kind of property ownership and the principle of conclusive title.

The article draws a comparison between the different mortgage principles and property in the public domain. Most especially, the tension is extremely serio-

nota de inalienabilidad, que además tiene su respaldo en la propia Constitución Española. La Ley de Patrimonio ha creado pues un serio problema.

us in the case of the basic principle of conclusive title, inasmuch as property in the public domain is adorned with the note of inalienability, which furthermore is backed up by the Spanish Constitution itself. The Patrimony Law has therefore created a serious problem.

(Trabajo recibido el 30-11-05 y aceptado para su publicación el 18-08-06)

DERECHO COMPARADO

Algunos problemas del régimen jurídico de los actos inscribibles relativos a ciudadanos británicos

por

SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO
*Catedrático de Derecho Internacional Privado
de la Universidad de Granada*

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO.
2. LOS PUNTOS DE PARTIDA:
 - 2.1. PRIMER POSTULADO: EL REGISTRADOR DEBE APLICAR DE OFICIO LA NORMA DE CONFLICTO DEL SISTEMA ESPAÑOL.
 - 2.2. SEGUNDO POSTULADO: LAS NORMAS DE CONFLICTO ESPAÑOLAS, AL REMITIR A LA LEY NACIONAL, REMITEN A LA LEY DE UN ESTADO (EL REINO UNIDO). NO EXISTE MÁS NACIONALIDAD QUE LA BRITÁNICA, Y NO EXISTE PUES «NACIONALIDAD INGLESA» NI «NACIONALIDAD ESCOCESA».
 - 2.3. TERCER POSTULADO: EL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE ES UN SISTEMA PLURILEGISLATIVO, Y SUS NORMAS DEBEN SER TENIDAS EN CUENTA PARA DETERMINAR QUÉ DERECHO LOCAL (ESCOCÉS O INGLÉS) DEBE SER APLICADO, SIN QUE SEA POSIBLE UNA REMISIÓN DIRECTA DEL DERECHO INGLÉS O AL DERECHO ESCOCÉS.
3. LOS CRITERIOS DETERMINANTES DEL DERECHO APLICABLE (INGLÉS O ESCOCÉS) EN EL SISTEMA BRITÁNICO, EN MATERIA DE ESTATUTO PERSONAL: LA DETERMINACIÓN DEL *DOMICILE*:
 - 3.1. DOMICILIO DE ORIGEN.
 - 3.2. DOMICILIO DE ELECCIÓN:
 - 3.2.1. *Concepto.*
 - 3.2.2. *Carga y medios de prueba.*
 - 3.2.3. *Renuncia al domicilio por elección o dependencia.*
 - 3.3. DOMICILIO DE DEPENDENCIA:
 - 3.3.1. *Mujeres casadas.*

- 3.3.2. *Menores.*
- 3.3.3. *Incapacitados.*
- 3.4. CRÍTICA A LA LEY DEL DOMICILIO.
- 4. LA DETERMINACIÓN DEL *DOMICILE* EN UN TERCER ESTADO Y EL PROBLEMA DEL REENVÍO:
 - 4.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.
 - 4.2. LAS NORMAS DE CONFLICTO EN LOS SISTEMAS INGLÉS Y ESCOCÉS:
 - 4.2.1. *Régimen económico del matrimonio.*
 - 4.2.2. *Sucesiones.*
 - 4.3. REENVÍO A LA LEY ESPAÑOLA:
 - 4.3.1. *Régimen económico del matrimonio.*
 - 4.3.2. *Sucesiones.*
 - 4.4. EFECTOS DEL REENVÍO A UN TERCER ESTADO Y DE LA INADMISIÓN DEL REENVÍO A LA LEY ESPAÑOLA.
- 5. DIFICULTADES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO MATERIAL INGLÉS O ESCOCÉS:
 - 5.1. EN MATERIA DE RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL.
 - 5.2. MATERIA SUCESORIA.

BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO

Cada vez con más frecuencia se suscitan cuestiones registrales que giran en torno a la propiedad inmobiliaria de ciudadanos de nacionalidad británica, que de manera creciente adquieren propiedades en territorio español con la finalidad principal, bien de disfrutar de una segunda residencia vacacional, bien de trasladar su residencia permanente a España una vez obtenida la jubilación. Se trata de un fenómeno común a ciudadanos de otros países, fundamentalmente miembros de la Unión Europea, pero que en el caso de los ciudadanos de nacionalidad británica es fuente de singulares problemas, y muy a menudo de graves errores de apreciación jurídica.

Por una parte, la adquisición de bienes inmuebles por parte de ambos cónyuges y, especialmente, su venta, aboca a la necesaria comprobación de un régimen económico-matrimonial que muy a menudo se asocia o asimila erróneamente a la separación de bienes, cuando el tratamiento de la propiedad matrimonial —particularmente en el Derecho inglés— no admite semejante simplificación. En el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el peculiar alcance de la libertad de testar, propia de los sistemas anglo-americanos, en perjuicio de cualquier eventual derecho legitimario, provoca asimismo serias dudas sobre la eficacia en España de la aceptación de la herencia por parte del cónyuge superviviente, designado heredero en perjuicio de

ascendientes o descendientes, y de la eventual enajenación posterior del bien inmueble.

Antes de abordar los problemas que se suscitan a la hora de aplicar fundamentalmente el Derecho material inglés o escocés (e irlandés) —aspectos que se abordarán al final de este informe—, surge una cuestión previa, a saber, sobre qué base jurídica debe el Registrador, o en su caso el Notario, fundar la aplicación del Derecho británico. Se trata de una cuestión que suele omitir el aplicador del Derecho, y que, sin embargo, exige un cuidadoso análisis antes de determinar si procede aplicar o tener en cuenta el Derecho escocés, el inglés, o, en no pocos casos, el propio Derecho español, que puede resultar perfectamente aplicable, como luego se detallará.

2. LOS PUNTOS DE PARTIDA

2.1. PRIMER POSTULADO: EL REGISTRADOR DEBE APLICAR DE OFICIO LA NORMA DE CONFLICTO DEL SISTEMA ESPAÑOL

El Registrador, como el Notario, está designado implícitamente por el artículo 12.6.º del Código Civil, cuando estipula que «los Tribunales y *autoridades* aplicarán de oficio las normas de conflicto del sistema español». A diferencia de los procedimientos judiciales de naturaleza contenciosa, en que la acreditación del contenido del Derecho extranjero sigue el principio de alegación por las partes, sólo corregido por la participación activa del juez, la aplicación extrajudicial del Derecho extranjero, especialmente en el ámbito registral, en la medida en que afecta directamente a la seguridad jurídica, los derechos de terceros y el principio de veracidad de los hechos inscritos, requiere un mayor control por parte del Registrador, que debe no sólo determinar de oficio la aplicabilidad del Derecho extranjero, sino exigir la acreditación de los hechos que justifican la aplicación de un determinado Derecho (nacional o extranjero), así como, en su caso, tomar las medidas pertinentes para «conocer» el contenido de un Derecho extranjero que resulte a su juicio aplicable. Una interpretación extensiva del artículo 36 del Reglamento Hipotecario ampara en este último punto una mayor flexibilidad en la prueba del Derecho extranjero, por cuanto habilita al Registrador para hacer valer su conocimiento privado. Sin embargo, la complejidad que suscita el conocimiento del Derecho extranjero aconseja que el Registrador pueda acceder a información actualizada, puntual y acreditada en el país de origen, y que, en defecto de su propio conocimiento personal, califique el título inscribible sobre elementos documentales que acrediten de forma fehaciente el contenido del Derecho extranjero, como sugiere la *Resolución de la DGRN de 5 de febrero de 2005 (BOE de 6 de abril de 2005)*.

- 2.2. SEGUNDO POSTULADO: LAS NORMAS DE CONFLICTO ESPAÑOLAS, AL REMITIR A LA LEY NACIONAL, REMITEN A LA LEY DE UN ESTADO (EL REINO UNIDO). NO EXISTE MÁS NACIONALIDAD QUE LA BRITÁNICA, Y NO EXISTE PUES «NACIONALIDAD INGLESA» NI «NACIONALIDAD ESCOCESA»

Cuando el Registrador debe determinar la capacidad jurídica de una de las partes, establecer el régimen económico-matrimonial de dos adquirentes o disponentes de un bien inmueble, o bien valorar la validez de una disposición testamentaria que da lugar a un acto de disposición, es usual que las normas de conflicto le lleven a un Derecho extranjero a través de la referencia al régimen legal de la «nacionalidad». Así se prevé para la capacidad en el artículo 9.1.º del Código Civil, para el régimen económico del matrimonio en el artículo 9.2.º, o para la sucesión *mortis causa* en el artículo 9.8.º Si los sujetos ostentan la nacionalidad británica, el Derecho aplicable resulta ser el británico.

En efecto, no existen ni la nacionalidad inglesa ni la nacionalidad escocesa, sino, exclusivamente la británica, de la misma forma que no existe la nacionalidad catalana ni la nacionalidad gallega, sino la española. Y la norma de conflicto, por definición, remite a la ley de un Estado (España o el Reino Unido), máxime cuando el criterio utilizado es la «nacionalidad». Por esta razón, resulta chocante, además de erróneo, que algunos jueces, notarios o registradores puedan establecer que un individuo tiene «nacionalidad inglesa», «escocesa», extrayendo de este hecho (imposible) la consecuencia de la aplicabilidad directa de la ley inglesa o escocesa como «ley nacional».

Pero también resulta erróneo que, constatando la nacionalidad británica de ambos cónyuges, se deduzca de inmediato un presunto régimen legal del matrimonio conforme a la «ley británica» o a la «ley inglesa» (*ad. ex. sendos errores en las Resoluciones de la DGRN, de 4 y 12 de febrero de 2004*). En materia matrimonial o sucesoria no existe un específico «Derecho británico», esto es, algo así como el Derecho común o régimen supletorio del Código Civil español. Dentro del Reino Unido hay, sencillamente, Derecho inglés o Derecho escocés (además de nórdirlandés, e incluso galés), y la relevancia de aplicar uno u otro puede ser enorme, porque su contenido difiere a veces notablemente (el primero tributario del *common law* y el segundo más próximo a los modelos romanistas).

2.3. TERCER POSTULADO: EL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE ES UN SISTEMA PLURILEGISLATIVO, Y SUS NORMAS DEBEN SER TENIDAS EN CUENTA PARA DETERMINAR QUÉ DERECHO LOCAL (ESCOCÉS O INGLÉS) DEBE SER APLICADO, SIN QUE SEA POSIBLE UNA REMISIÓN DIRECTA AL DERECHO INGLÉS O AL DERECHO ESCOCÉS

En consecuencia, constatada la nacionalidad británica de las partes y, a resultas, estimada la necesidad de aplicar o considerar la sucesión o el régimen económico del matrimonio a la luz de ese Derecho, ¿en qué criterios debe fundarse el Registrador para decidir si resulta aplicable el Derecho inglés, el escocés o acaso algún Derecho diferente? A pesar de que la solución es omitida de forma reiterada, tanto en la aplicación judicial como en la extrajudicial, la respuesta es meridianamente clara a la luz del artículo 12.5.º del Código Civil:

«Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexisten diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado».

En consecuencia, corresponde al Derecho británico suministrar los criterios para decidir la aplicación de los diferentes sistemas jurídicos que coexisten en su Estado, al igual que corresponde al legislador español proporcionar dichos criterios cuando el Derecho aplicable sea el español. Y si el sistema español de Derecho interregional utiliza a tal efecto el criterio de la «vecindad civil», el Derecho británico se ampara en un criterio que está mucho más próximo de la vecindad civil que de la residencia habitual, aunque su denominación pudiera sugerir lo contrario. Hablamos del *domicile*.

3. LOS CRITERIOS DETERMINANTES DEL DERECHO APLICABLE (INGLÉS O ESCOCÉS) EN EL SISTEMA BRITÁNICO, EN MATERIA DE ESTATUTO PERSONAL: LA DETERMINACIÓN DEL *DOMICILE*

Cuando el Derecho británico resulta aplicable en virtud de la conexión «nacionalidad», la opción entre el Derecho inglés o escocés depende de la determinación del *domicile* en territorio inglés o escocés. El *domicile* no puede traducirse por «domicilio», en el concepto administrativo o civil del Derecho español, pues no coincide ni con la vecindad administrativa ni con la residencia habitual. Si admitiera alguna analogía sería lo más parecido a la vecindad civil. El *domicile* constituye un vínculo jurídico con un territorio o espacio legislativo (no necesariamente un Estado). Se trata de un vínculo legal que, a diferencia de la nacionalidad, es único e inevitable.

Según el Derecho británico, todas las personas tienen un domicilio, y no pueden tener más que un domicilio, por lo que no cabe situaciones similares a la apatridia o a la doble nacionalidad.

Aunque en muchos casos el *domicile* pueda coincidir con la residencia habitual o permanente, se trata de una coincidencia circunstancial y admite múltiples excepciones. Para determinar el *domicile*, especialmente a los efectos de designar la aplicación del Derecho inglés o escocés, conviene partir de tres posibilidades diferenciadas: el domicilio de origen (*domicil of origin*), el domicilio de elección (*domicile of choice*), y el domicilio de dependencia (*domicile of dependence*).

3.1. DOMICILIO DE ORIGEN

El domicilio de origen de una persona depende del domicilio de uno de sus padres en el momento de su nacimiento, no del lugar donde haya nacido, ni del lugar donde residan sus padres.

En el precedente *Undy v. Undy* (1869), por ejemplo, el Coronel Undy había nacido en Livorno, y luego vivido en la Toscana, donde su padre residía como cónsul británico. Pero su padre estaba domiciliado en Escocia, así que el domicilio de origen del Coronel era también Escocia.

Las reglas para la adscripción del domicilio de origen son: *a)* los hijos matrimoniales tendrán el domicilio de su padre en el momento de su nacimiento; si el matrimonio es putativo, seguirá el domicilio del contrayente inocente; *b)* los no matrimoniales y los póstumos ostentarán el domicilio de su madre al momento del nacimiento, salvo si media matrimonio ulterior, a partir de cuya fecha siguen el domicilio del padre; *c)* si a sus padres no se les conoce domicilio o son huérfanos, estarán domiciliados en el lugar donde hubieren nacido o sido encontrados, respectivamente; *d)* sólo hay un caso en que el domicilio de origen puede ser cambiado después del nacimiento: los hijos adoptivos siguen el domicilio de sus padres adoptivos de conformidad con lo dispuesto en la sección 39 de la *Adoption Act de 1976*.

En los demás casos, el domicilio de un menor puede cambiar después de su nacimiento, pero ya no será domicilio de origen, sino de dependencia. Y la fijación del domicilio de origen es tan importante como su diferenciación del domicilio de dependencia. Si un individuo, tras su mayoría de edad, adquiere un domicilio de elección que luego abandona sin adquirir otro, recuperará su domicilio de origen y no el domicilio de dependencia (*Henderson v. Henderson*, 1967). Se afirma, en consecuencia, que el domicilio de origen presenta una «*tenacious quality*» (*North v. Skipton Building Society*, 2002).

3.2. DOMICILIO DE ELECCIÓN

3.2.1. *Concepto*

El domicilio de origen puede perderse en virtud de un domicilio de elección, que se adquiere por el hecho de vivir en un país con la intención de residir en él de forma permanente. El domicilio de elección se pierde por el mero hecho de abandonar el país de residencia permanente sin intención de regresar, en cuyo caso se recupera el domicilio de origen hasta que no se fije un nuevo domicilio de elección.

En el caso *Udny v. Udny* antes citado, el coronel Udny adquirió por elección un domicilio en Inglaterra, pero huyó de sus acreedores trasladándose a Francia. Abandonó su domicilio inglés, pero no se estimó que hubiese adquirido uno nuevo en Francia, por lo que se consideró que había recuperado su domicilio de origen escocés sin necesidad de que hubiese vivido en Escocia.

La determinación de un *domicile of choice* requiere un elemento fáctico (residencia) y otro volitivo (*animus manendi*), que deben coincidir en el mismo momento [*Bell v. Kennedy*, (1868); y *Plummer v. I.R.C.* (1988)]. El elemento volitivo es, lógicamente, el que suscita mayores problemas probatorios, pues no basta la intención de residir por un período determinado e indefinido, sino que tiene que existir una voluntad de permanecer bastante rigurosa y siempre de difícil apreciación, a la luz de la jurisprudencia. Pero una vez que dicha voluntad se considera probada, lo cierto es que pueden bastar unas horas de permanencia para que se considere la existencia de un nuevo domicilio de elección.

En el caso *I. R. C. v. Bullock* (1976), el Capitán Bullock, canadiense, había vivido en Inglaterra cuarenta y cuatro años. Se había casado con una mujer inglesa y por deseo de ella vivían allí. En multitud de ocasiones había expresado su intención de volver a Nueva Escocia si su mujer fallecía antes que él. El Tribunal de Apelación dictaminó que Bullock no había adquirido el domicilio inglés porque, aunque su intención de residir allí dependía de un suceso incierto, tampoco era imposible, ya que existían las mismas probabilidades de que su mujer muriera antes que él que a la inversa. En contrapartida, cabe citar el caso *Furse* (1980). Furse era un americano que poseía una granja en Inglaterra donde vivía, trabajaba y había formado una familia en 1923. Hasta 1940 viajaba a Nueva York de cuando en cuando. Después de ese año no viajó más a los Estados Unidos y dijo que sólo volvería cuando no fuera capaz de llevar su granja. El Tribunal dictaminó que había adquirido el domicilio inglés porque su intención de volver a Estados Unidos era vaga e indefinida. No existía ninguna presión sobre él para que permaneciera en Inglaterra y estaba totalmente integrado en la comunidad en la que residía. Además, este caso también ha sido utilizado para defender que la residencia en un país con un propósito específico y limitado no hace que se adquiera el domicilio por elección. Se argumentó que

el señor Furse había adquirido el domicilio por dependencia en Inglaterra porque, cuando era menor, su padre había adquirido el domicilio por elección también en Inglaterra. Pero realmente su padre sólo se había trasladado allí con su hijo, después de que muriera su mujer, por las malas influencias que decía que su familia política ejercía sobre éste, y al cabo de un tiempo volvió a Nueva York, donde murió. Por tanto, su padre no tenía intención de residir permanentemente en Inglaterra, y consecuentemente no adquirió en ningún momento el domicilio por elección.

La intención debe diferenciarse del motivo. En realidad, los motivos son indiferentes (razones fiscales, laborales, afectivas, políticas, de supervivencia, etc...), pues lo relevante es que lleven a una intención real de permanencia en el territorio, si no definitiva, al menos indefinida. No es suficiente para cambiar de domicilio que esta posibilidad de cambio de residencia se someta a alguna condición circunstancial vaga e incierta. En algunos casos se defiende, por ejemplo, que no hay un cambio de domicilio si una persona se traslada por razón de enfermedad a otro Estado para recibir un tratamiento temporal, o incluso en caso de enfermedad mortal, con el objeto de recibir mejores tratamientos paliativos (*In Re James*, 1908). Sin embargo, se mantiene que si el traslado no obedece a un tratamiento temporal ni terminal, sino, simplemente, porque se estima que otro territorio puede ser más saludable para vivir, es decir, realizando una opción en razón de preferencias y no de una necesidad, nos hallamos ante un auténtico cambio de domicilio (*Hoskins v. Matthews*, 1855). Esta interpretación presenta, como veremos, un importante alcance en el caso de los británicos que se trasladan a España de forma permanente para disfrutar de mejores condiciones de vida en su vejez.

Por otra parte, el domicilio es un vínculo social, no político, con un territorio determinado. Una persona puede adquirir la nacionalidad de un país y tal vez no tenga intención de domiciliarse allí ni romper los lazos sociales que lo vinculan al país en que tiene su domicilio (*Re Fuld*, 1968). Igualmente, un extranjero que viva en Inglaterra y sobre el que pueda recaer una orden de expulsión, puede sin embargo haber adquirido un domicilio en Inglaterra y conservarlo (*Boldrini v. Boldrini*, 1932). Sin embargo, por razones de orden público, alguien que entre ilegalmente en Inglaterra no puede adquirir allí su domicilio (*Puttick v. Attorney general*, 1980), aunque nada impide a los tribunales británicos considerar que un inmigrante ilegal en un país distinto al Reino Unido (por ejemplo, España) haya adquirido allí su domicilio.

3.2.2. Carga y medios de prueba

La carga y los medios de prueba del domicilio por elección recae sobre la persona que alegue su adquisición, y siguen las reglas generales de los

procedimientos civiles en el Reino Unido y no el estándar propio de los procedimientos criminales, como a veces se ha mantenido. En la práctica, meras manifestaciones y conductas triviales pueden servir como elementos probatorios. Aunque estas reglas no mediatizan directamente los elementos probatorios de que puede hacer uso la autoridad española, en todo caso debe tener en cuenta los indicios y presunciones, tal y como juegan en el Derecho británico, con el fin de no desvirtuar la aplicación de sus reglas sobre conflictos internos determinada por el artículo 12.5.º del Código Civil.

Algunos casos resueltos por la *House of Lords* ponen de manifiesto la dificultad probatoria. El caso *Ramsay v. Liverpool Royal Infirmary* (1923) se refería a George Bowie, un escocés nacido en Glasgow, con domicilio de origen escocés, que dejó voluntariamente de trabajar a los treinta y siete años y a los cuarenta y seis se fue a Liverpool a vivir con unos familiares. Murió con ochenta y siete años (una edad muy por encima de la media que acaso habla bien de los efectos saludables de la pereza). Sólo dejó Liverpool para realizar dos viajes muy cortos y no volvió a Glasgow ni siquiera para el funeral de su madre. Sin embargo, siempre compraba un periódico escocés y se definía a sí mismo como «un hombre escocés». Hizo un testamento inválido para la legislación inglesa, pero no para la escocesa. El Tribunal dictaminó que cuando murió estaba domiciliado en Escocia. Aunque su residencia en Inglaterra fuera muy larga, estuvo motivada porque allí vivía el único familiar que quiso acogerlo a pesar de su reticencia a trabajar. Por lo tanto, su testamento era válido. Para algunos autores ingleses, sin embargo, este precedente estaba condicionado por el resultado final relativo a la validez del testamento, siendo posible que, en otro contexto, se hubiere estimado que el domicilio estaba en Inglaterra.

Cualquier circunstancia puede ser relevante para probar la intención. No hay ninguna prueba específicamente tasada que se considere decisiva. Las declaraciones del afectado se toman con cautela y deben ser cuidadosamente investigadas para comprobar la persona, las circunstancias y el propósito con que han sido hechas. Pueden tomarse en consideración las disposiciones testamentarias relativas al lugar de entierro, cremación u otras circunstancias, pero siempre con un valor muy relativo, pues, finalmente, se puede cambiar de domicilio —y de intención al respecto— después de hacer testamento. Por otro lado, en el caso de declaraciones expresas, alguien que no sea un especialista en Derecho Internacional Privado a quien se le pregunte por su «domicilio», seguramente no entenderá la relevancia de la pregunta y su declaración no será fiable. Además, la declaración tiene que ir en sintonía con la conducta real y la voluntad manifiesta de la persona, y no cabe descartar la posibilidad de motivos fraudulentos en busca de una ley aplicable más conveniente.

En el caso *Ross v. Ross* (1974) la controversia consistía en si un escocés, sin residencia fija, estaba domiciliado en Nueva York. Había dicho a sus socios que pretendía permanecer allí. Sin embargo, siempre que se refería a Escocia,

lo hacía como su «hogar» y en una declaración jurada aseguró que se encontraba domiciliado en Escocia. La *House of Lords* dictaminó que su manifestación a los socios servía como prueba, pero que no era concordante con sus demás declaraciones, por lo que no consideró fijado su domicilio en Nueva York.

La solicitud de la nacionalidad del Estado de residencia es un factor relevante (*Wahl v. A-G*, 1932), pero también lo es la adquisición de un bien inmueble (*in Re Flynn*, 1968), presunción muy importante para los casos vinculados con España y, singularmente, con el Registro de la Propiedad. Con todo, debe señalarse que este hecho no es en sí mismo relevante si obedece a la mera adquisición de una segunda residencia puramente vacacional (*Qureshi v. Qureshi*, 1972). Es, asimismo, relevante el hecho de establecer un vínculo de parentesco o conyugal con una persona domiciliada o nacional del nuevo Estado (*In Re Fuld State*, 1968), en especial si el domicilio familiar se fija allí (*IRC v. Bullock*, 1975). En contrapartida, los factores sociales de integración pueden considerarse incumplidos en muchos casos por las colonias de residentes británicos en España, a menudo culturalmente aislados del entorno español. La jurisprudencia británica considera como indicios relevantes de cambio de domicilio tales factores de integración social, como son la pertenencia a comunidades religiosas y clubes (*in re Craignish*, 1892), el ejercicio del derecho al voto (*IRC v. Bullock*, 1976), los periódicos o revistas que leen o a los que se suscriben (*Irvin v. Irvin*, 2001), el conocimiento del idioma del país en cuestión y, en general (*Irvin v. Irvin*, 2001), el grado de integración en la comunidad local (*in Re Furse*, 1980). Es muy significativo, en este sentido, el precedente de la jurisprudencia escocesa en 1995 en el asunto *Spence v. Spence*, en un caso verdaderamente difícil, en el que el Tribunal consideró que diez años de residencia en España, acompañada de conexiones familiares y de negocios, no era suficiente para justificar la adquisición del domicilio en España por elección, habiendo una falta genérica de integración o conexión social.

3.2.3. *Renuncia al domicilio por elección o dependencia*

Si se pretende renunciar al domicilio por elección, la intención debe resultar de forma clara, y la persona debe abandonar el país donde se encuentra su domicilio por elección. Si no lo hace, ese seguirá siendo su domicilio a pesar de su voluntad. La misma regla se aplica al domicilio de dependencia.

En el caso *Raffenel* (1863), la señora Raffenel, una viuda que tenía su domicilio de dependencia con su difunto marido en Francia, se embarcó en un ferry con destino a Inglaterra, porque su intención era recuperar su domicilio de origen. Durante el trayecto enfermó y tuvo que volver a Francia, donde

murió. En este caso, y a pesar de sus intenciones, murió domiciliada en Francia. En cambio, si el barco hubiera llegado a las aguas territoriales inglesas, la señora Raffenel habría muerto domiciliada en Inglaterra; como ya se ha señalado, cuando se pierde el domicilio por elección (o dependencia), el domicilio de origen resurge (aunque esta regla, dentro de los países del *common law*, se exceptúa en el Derecho estadounidense, partidario de que el domicilio de elección perviva hasta que se adquiriera otro domicilio).

3.3. DOMICILIO DE DEPENDENCIA

3.3.1. *Mujeres casadas*

Hasta el 1 de enero de 1974, una mujer casada adquiría automáticamente el domicilio de su marido, aunque vivieran separados tanto de hecho como de derecho. Sólo si el matrimonio había sido anulado, estaban divorciados, o el marido había muerto, ella podía tener su propio domicilio independiente del de su marido.

A partir del 1 de enero de 1974, con la promulgación de la *Domicile and Matrimonial Proceedings Act*, el domicilio de una mujer casada se determina de la misma forma que si fuera un hombre adulto. Esta norma se aplica tanto a las mujeres casadas con anterioridad a esta fecha como a las casadas con posterioridad. Una mujer casada antes de esa fecha tenía como domicilio de dependencia el de su marido; después del 1 de enero de 1974, ese domicilio de dependencia pasó a ser domicilio de elección, hasta que se hubo elegido otro o renació su domicilio de origen. Sin embargo, la Ley no es de aplicación retroactiva, en el sentido de que para fijar el domicilio de la mujer, antes de su entrada en vigor, hay que estar a los criterios de dependencia descritos.

Esta norma que se ajusta al principio fundamental de no discriminación por razón de sexos suscita, sin embargo, una dificultad añadida en el ámbito del Derecho Internacional Privado, en la medida en que pueden aumentar los casos en que sea imposible fijar un «*domicile*» común a ambos cónyuges. La regla no afecta a la aplicación de la ley rectora de la capacidad (art. 9.1.º del Código Civil) o de la ley sucesoria (art. 9.8.º), en donde lo único que interesa es la nacionalidad o *domicile* del sujeto o del causante, pero sí es relevante a la hora de terminar la ley común, como ocurre en el régimen del matrimonio (art. 9.2.º del Código Civil) o en la separación y el divorcio (art. 107 del Código Civil).

Es posible, en consecuencia, que un matrimonio de británicos que adquiere un bien inmueble en España, tenga como ley común que regula su régimen matrimonial la ley británica, como ley nacional común al momento de contraer matrimonio. Sin embargo, a la hora de precisar si se trata de la ley inglesa o escocesa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.5.º del Código

Civil, puede darse la circunstancia de que esta precisión resulte imposible, si los cónyuges contrajeron matrimonio después de la ley de 1974, teniendo diferente *domicile*, por ejemplo, el marido en Escocia y la esposa en Inglaterra. En tal caso, es preciso acudir a una solución subsidiaria. Con carácter general, la doctrina ha mantenido la posibilidad de recurrir a la ley de la residencia habitual común del matrimonio, como regla subsidiaria de nuestro sistema en materia personal. En el caso del régimen económico del matrimonio, el principio de inmutabilidad que se desprende del artículo 9.2.º del Código Civil exige que la ley aplicable a dicho régimen quede fijada en el momento de celebración del matrimonio y no pueda variar con posterioridad, cualesquiera que fuesen las circunstancias. Por esta razón, para determinar la ley británica aplicable no quedaría más opción que determinar la aplicación de la ley inglesa o escocesa según dónde hubiesen fijado los cónyuges la residencia habitual inmediatamente posterior al matrimonio, que por lo demás es la regla subsidiaria contemplada en el propio artículo 9.2.º La regla es útil si dicha residencia se halló en Inglaterra o en Escocia, pero es posible que esta ley se encuentre situada fuera del Reino Unido, incluso en España, y que los cónyuges nunca hayan residido en el Reino Unido. Si éste es el caso, la ley británica resulta sencillamente imposible de aplicar, y lo procedente es descartar pura y simplemente su aplicación, recurriendo a las conexiones restantes del artículo 9.2.º, aunque designen la aplicación de la Ley de un tercer Estado. Podría darse, incluso, la circunstancia de tener que aplicarse la ley del lugar de celebración y que éste se encontrara en Escocia o en Inglaterra. El hecho podría llevarnos al mismo callejón sin salida anterior, pues el artículo 12.5.º del Código Civil exigiría utilizar el criterio del *domicile*. Sin embargo, para resolverlo en este caso parece indicado preferir el artículo 12.5.º y recurrir a la conexión «lugar de celebración» como un criterio de remisión directa a la ley de Escocia o de Inglaterra, según dónde se haya celebrado el matrimonio.

Con todo, todas estas peripecias interpretativas acaso no sean necesarias si, como veremos, hacemos una interpretación estricta del papel del *domicile* y de otras reglas de conflicto tanto en el sistema escocés como el inglés, lo que muy bien pudiera llevarnos a la aplicación de la ley española a través del reenvío, tal y como se analizará en el último apartado.

3.3.2. Menores

Los menores de edad tienen, en principio, un domicilio de dependencia. Los mayores de dieciséis pueden adquirir su propio domicilio, e incluso los menores de dicha edad que contraigan matrimonio tras lo dispuesto en la reforma de 1974. El domicilio de dependencia de un hijo matrimonial es, con

las matizaciones que se harán, el de su padre, y aquél varía si lo hace éste. Incluso aunque su padre muera, podrá seguir siendo su domicilio hasta que cumpla dieciséis años, o podrá adquirir el de su madre. La diferencia es que si su madre cambia de domicilio el del hijo no tiene por qué alterarse, a no ser que la madre ejerza esta potestad, y siempre que el cambio no obedezca a razones fraudulentas (*in Re Beaumont*, 1893). En contrapartida, en el caso de los hijos no matrimoniales, el domicilio del menor es el materno. Estas reglas no se compadecen bien ni con el principio de igualdad de sexos ni con la igualdad de los hijos ante la ley, por lo que su aplicación, criticada en el propio Reino Unido, resulta especialmente delicada en España (arts. 14 y 39 de la Constitución).

3.3.3. *Incapacitados*

El domicilio de un incapacitado mayor de edad no puede ser cambiado por su propia voluntad porque no existe el requisito de la *intención* (*Crumpton's Judicial Factor c. Finch-Noyes*, 1918), y por tanto mantiene el domicilio que tenía antes de ser incapacitado. Si su incapacidad sobreviene cuando aún es menor, sus padres pueden alterar su domicilio, en cambio no lo podrán hacer si es incapacitado siendo mayor de dieciséis años (*Sharpe v. Crispin*, 1869), interpretación considerada «irracional» por la mejor doctrina inglesa.

3.4. CRÍTICA A LA LEY DEL DOMICILIO

Algunos aspectos de la ley del domicilio han sido muy criticados en el propio Reino Unido. Es un criterio que refleja las realidades sociales de su época (la victoriana), pero que actualmente está obsoleta. Sin embargo, la única reforma que ha sufrido fue como consecuencia de la *Domicile and Matrimonial Proceedings Act de 1973*. El papel de la ley de origen, tanto en su persistencia como en su reactivación, ha sido objeto de especial crítica, comparándola con su diferente alcance en el Derecho norteamericano. La diferencia se explica, sin embargo, en la distinta realidad histórica del Reino Unido y de los Estados Unidos, el primero como país de emigración y el segundo como territorio de inmigración. En 1950 se intentó eliminar el *domicile of origin* a través de la presunción de que el domicilio coincidía con la residencia habitual, pero todos los proyectos en este sentido fueron rechazados, en parte por la propia oposición de los hombres de negocios americanos instalados en el Reino Unido, temerosos de sus consecuencias fiscales. En consecuencia, hoy por hoy, para determinar la ley aplicable en materia de

estatuto personal dentro del Reino Unido es preciso utilizar los criterios de fijación del *domicile* tal y como han sido explicados.

4. LA DETERMINACIÓN DEL *DOMICILE* EN UN TERCER ESTADO Y EL PROBLEMA DEL REENVÍO

4.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El *domicile* no es un criterio de conexión específicamente interregional, como puede ser la vecindad civil en el sistema español. En el Derecho británico, el *domicile* es un criterio de conexión tanto interno como internacional, y, a todos los efectos, los jueces en el Reino Unido consideran indistinto que designe la ley de un territorio británico como la propia de un tercer Estado. En este último caso, la cuestión desborda el propio supuesto del artículo 12.5.º del Código Civil, y nos sitúa frente al siempre espinoso problema del reenvío.

En efecto, es perfectamente posible que dos ciudadanos británicos que adquieren un inmueble en España carezcan de *domicile* en el Reino Unido. Si esto es así, las normas de conflicto británicas no ayudan a cumplir el mandato del artículo 12.5.º del Código Civil e impiden identificar la ley aplicable (básicamente inglesa o escocesa) dentro del Reino Unido. La respuesta puede venir dada mediante la aceptación del reenvío (art. 12.2.º) por parte del Derecho británico a la ley española o de un tercer Estado.

Para analizar cómo funciona en la práctica el reenvío, conviene partir de una breve síntesis de cómo se configuran las distintas normas de conflicto en el sistema británico. Cuando en las próximas páginas nos refiramos al domicilio, debe entenderse que lo hacemos al *domicile*, tal y como se entiende desde el Derecho británico. En consecuencia, resulta imprescindible seguir los criterios interpretativos ya analizados en el epígrafe tercero.

4.2. LAS NORMAS DE CONFLICTO EN LOS SISTEMAS INGLÉS Y ESCOCÉS

4.2.1. Régimen económico del matrimonio

El Derecho Internacional Privado en Inglaterra y Escocia parte de un tratamiento distinto y fragmentario de las relaciones económicas entre los cónyuges, según se trate de bienes muebles o inmuebles. En el caso de los bienes muebles es indudable la sujeción al *domicile*. La solución tradicional consistía en someter el régimen económico de los bienes muebles a la ley del domicilio del marido en el momento de la celebración del matrimonio. Se

trata, sin embargo, de una solución que respondía a la dependencia domiciliar de la esposa, que terminó con la ley de 1974. Por esta razón, en los últimos tiempos se admite una sustitución de este criterio a favor de la ley del domicilio conyugal, entendiendo por tal la ley del país donde radica la vivienda familiar. Esta flexibilidad se justifica, además, en una cierta relevancia de la autonomía de la voluntad, tanto expresa como tácita, que el Derecho británico reconoce a los cónyuges tanto a la hora de reglar sus relaciones económicas como, en cierta medida, al designar el Derecho aplicable (especialmente en los precedentes escoceses). No obstante, en los supuestos en que los cónyuges no hayan llegado a vivir juntos o a compartir un domicilio conyugal es probable que el criterio deba seguir siendo el domicilio del marido. Respecto a la mutabilidad o inmutabilidad de este régimen y a la consiguiente posibilidad de que un cambio de domicilio pueda entrañar un cambio en la ley aplicable, se reconoce por la mayor parte de los tratadistas que sigue siendo una cuestión controvertida y poco clara en los precedentes jurisprudenciales, especialmente en el Derecho escocés, tendente a no considerar la aplicación del principio si el nuevo domicilio se ubica en Escocia. Acaso nos aventuraríamos a señalar que hay más factores que apuntan a una «inmutabilidad de hecho». Es decir, aun cuando se admitiera el cambio de régimen económico-matrimonial en virtud de un cambio de domicilio, el peso de la doctrina de los derechos adquiridos (*vested rights*) impediría cambios reales en cuanto a lo adquirido por los cónyuges bajo el régimen anterior.

En contrapartida, el régimen económico de los bienes inmuebles se rige, en principio, por la ley del lugar de situación del bien inmueble, a tenor de la decisión de la *House of Lords* en el asunto *Welch v. Tennent* (1891), que resolvió un recurso de casación contra una decisión escocesa. La regla ha sido criticada por parte de la doctrina inglesa, al suponer una fragmentación del régimen económico del matrimonio capaz de generar inseguridad jurídica. Así, C. M. V. Clarkson y J. Hill se preguntan: «si una pareja inglesa adquiere una residencia de verano en España, parece poco conforme con sus expectativas razonables que dicha propiedad se adquiera en régimen de gananciales». Lo cierto es que en algunos precedentes apuntan a incluir también el régimen económico de los bienes inmuebles dentro de la conexión domiciliar [*De Nichols v. Curlier* (1900) y *Chiwel v. Carlyon* (1897)]. Sin embargo, lo justifican siempre en un eventual acuerdo «implícito» de las partes en este sentido (nuevamente la autonomía conflictual de los cónyuges), y siempre se trata de casos en que el inmueble se sitúa en el Reino Unido y simplemente se trata de escoger entre el Derecho inglés, escocés o nordirlandés. De ahí que se haya defendido una regla diferente según que el inmueble se encuentre en el Reino Unido (ley domiciliar) o en el extranjero (*lex rei sitae*). Evidentemente, desde la perspectiva del sistema español esta última regla es la que nos interesa.

En todo caso, del modelo descrito se desprenden dos factores claramente diferenciales de la reglamentación contenida en el artículo 9.2.º del Código Civil. De un lado, el sistema español garantiza de forma contundente la inmutabilidad de la ley aplicable al régimen económico del matrimonio, que debe quedar determinada en el momento de la celebración del matrimonio. Los ulteriores cambios en dicho régimen no se deberán a un cambio de ley aplicable sino, en todo caso, a los eventuales acuerdos o capitulaciones que los cónyuges puedan dictar al amparo de la autonomía permitida en dicha ley inmutable. Se puede considerar que éste es un principio esencial de nuestro sistema. Menos claro es que lo sea el régimen de unidad de la ley aplicable, por cuanto la ley designada en el artículo 9.2.º engloba por igual bienes muebles e inmuebles. No creemos que el principio de unidad del régimen económico-matrimonial pueda tener el mismo alcance primordial que en materia sucesoria, singularmente porque las posibilidades de fragmentación que ofrece la autonomía de las partes es mucho mayor en el primer sector del ordenamiento jurídico que en el segundo, pero no puede ocultarse que la proximidad entre ambas cuestiones justifica cierta contaminación en el juego de ese principio de unidad desde la perspectiva de las relaciones transfronterizas, como veremos a continuación.

4.2.2. *Sucesiones*

Mucho más claras son las normas de conflicto del Derecho inglés y del Derecho escocés en materia sucesoria. El régimen sucesorio de los bienes muebles se rige por la ley del domicilio del causante en el momento de su fallecimiento, mientras que la sucesión de los bienes inmuebles se determina de conformidad con la ley del país donde están situados.

4.3. REENVÍO A LA LEY ESPAÑOLA

4.3.1. *Régimen económico del matrimonio*

En materia de régimen económico del matrimonio, dos son los supuestos en que, tratándose de ciudadanos británicos, cabe un reenvío a la ley española. Por una parte, respecto de los bienes muebles, siempre que el domicilio común o, en su defecto, el domicilio del marido se encuentre en España. Este reenvío, sin embargo, sólo es posible si dicho domicilio se situaba en España en el momento de la celebración del matrimonio, pero no si se admite la remisión por ser un domicilio posterior. Esta posibilidad, ya de por sí dudosa en el Derecho Internacional Privado inglés o escocés, resulta inaceptable en

el sistema español. Al igual que ocurre con el principio de unidad de la sucesión para el reenvío sucesorio, el artículo 12.2.º del Código Civil no permite un reenvío a la ley española rectora del régimen económico-matrimonial, traicionando el principio esencial que está en la base de nuestra norma de remisión (art. 9.2.º del Código Civil), a saber, la inmutabilidad de la ley aplicable al régimen económico-matrimonial, que debe quedar fijada, necesariamente, desde el inicio del vínculo matrimonial. Menos razonable parecería, sin embargo, rechazar el reenvío por el hecho de que hubiera bienes inmuebles fuera de España, sujetos en consecuencia a una ley diferente. Ya hemos señalado que no creemos que exista un principio de unidad del régimen económico-matrimonial del mismo alcance que el principio de unidad de la sucesión, al que luego se aludirá.

Si se admite la aplicabilidad, conforme a los Derechos inglés y escocés, de la *lex rei sitae* para determinar el régimen de la propiedad inmobiliaria entre los cónyuges, un segundo supuesto de reenvío al Derecho español se produciría siempre que los cónyuges adquirieran un bien inmueble en España. En principio, frente a esta regla resulta difícil oponer el principio de inmutabilidad del régimen económico del matrimonio, aunque el inmueble se adquiriera mucho después de celebrado el matrimonio. Por definición, la conexión convierte el régimen de la propiedad conyugal inmobiliaria en inmutable, aunque los derechos nazcan evidentemente con la adquisición del inmueble y no con la celebración del matrimonio; pero los criterios de seguridad jurídica y previsibilidad a que responde el criterio de inmutabilidad quedan completamente garantizados. En realidad, lo que está en juego en este caso sería el principio de «unidad» del régimen económico-matrimonial con independencia de la naturaleza mueble o inmueble del bien, que sólo quedaría garantizado si, además, el domicilio matrimonial se encontraba en España al tiempo de la celebración del matrimonio. Sin embargo, no parece que tal fragmentación del régimen económico del matrimonio traicione un principio esencial del Derecho Internacional Privado español en la materia como hemos señalado.

Aceptado el reenvío, procede aplicar el Derecho español y se puede suscitarse la cuestión de si debe aplicarse en todo caso el Derecho Común o, al contrario, algún Derecho Foral o Especial, lo que puede alterar el régimen legal del matrimonio. El hecho de que la aplicación del Derecho Foral o Especial no dependa de criterios territoriales, como el domicilio o el lugar de situación del inmueble, sino de la vecindad civil, y que ésta sea consustancial a la posesión de la nacionalidad española, unido al carácter supletorio del Derecho común, apunta a la aplicación, frente a extranjeros, del Derecho Común, que implicaría la determinación de un régimen matrimonial legal de gananciales. Con todo, parece bastante claro que el legislador español no contempló esta posibilidad, pues sólo el reenvío lo permite, traicionando la

natural aplicación de la ley nacional extranjera. Pero es posible que, de haberlo previsto, hubiese podido introducir alguna corrección. Por ejemplo, la contenida en el artículo 16.3.º sería razonablemente extensible, *mutatis mutandis*, a estos supuestos, permitiendo la aplicación del régimen de separación del Código Civil cuando, a pesar del reenvío, conforme a la ley personal de ambos cónyuges (escocesa o inglesa), hubiera de regir un régimen de separación, conclusión interpretativa que no es tan clara como pudiera parecer. En todo caso, como suele ocurrir, tratar de racionalizar algo tan irracional como el reenvío no es sencillo, y si se admite su funcionamiento lo más probable es que lo previsible sea la aplicación del régimen de gananciales contemplado en el Código Civil.

4.3.2. *Sucesiones*

En materia sucesoria nuestra jurisprudencia arroja una formulación mucho más clara. El reenvío desde el Derecho británico se produce a la ley española siempre que el domicilio del causante estuviera en España en el momento del fallecimiento, pero únicamente para la sucesión de bienes muebles. Si se trata de inmuebles, el reenvío procede por el hecho de encontrarse el bien inmueble en España. Habida cuenta de la consideración esencial del principio de unidad y universalidad de la sucesión, a la luz del artículo 9.8.º del Código Civil, nuestro Tribunal Supremo ha formulado un criterio muy claro (*sentencias del TS de 15 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1999 y 23 de septiembre de 2002*): El reenvío es posible únicamente si procede a una remisión total, y no parcial, a la ley española. Ello es así cuando el caudal relicto está compuesto únicamente por bienes inmuebles situados en España, o solamente por bienes muebles si el domicilio del causante se encontraba en España. Si hay varios inmuebles, el reenvío sólo es posible si todos ellos se ubican en España. Si hay tanto muebles como inmuebles, el reenvío se admitirá si el domicilio del causante se encontraba en España, al igual que todos los inmuebles. En caso contrario, el reenvío parcial será rechazado.

La doctrina citada explica por qué algunos Registradores, enfrentados a un testamento otorgado por ciudadano británico sin respetar derecho legítimo alguno, al efecto de determinar la titularidad para la transmisión de los bienes inmuebles situados en España y, concretamente, para descartar al aplicación de la ley española por reenvío y enjuiciar positivamente dicha libertad de estar conforme al Derecho inglés o escocés, exigen la acreditación de la existencia de otros bienes fuera del territorio español.

4.4. EFECTOS DEL REENVÍO A UN TERCER ESTADO Y DE LA INADMISIÓN DEL REENVÍO A LA LEY ESPAÑOLA

Uno de los problemas más complicados nace de la posibilidad de que, siguiendo las normas de conflicto británicas, el *domicile* o la ley del lugar de situación del bien inmueble se encuentre fuera del Reino Unido, pero dicho reenvío no sea aceptado desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado español. Así ocurre en todos los casos (salvo el especialísimo supuesto de la capacidad para obligarse por títulos cambiarios: arts. 98 y 102 de la Ley Cambiaria y del Cheque) en que se produce un reenvío de segundo grado (art. 12.2.º del Código Civil), es decir, si la norma de conflicto británica remite a un tercer Estado y no al sistema español. Pero también se produce en todos aquellos supuestos en que el reenvío de primer grado o de retorno a la ley española pueda ser rechazado, como acabamos de ver cuando se trata de un reenvío parcial en materia sucesoria o de un reenvío en materia de régimen económico-matrimonial que no respeta el principio de inmutabilidad.

En estos casos la remisión se entenderá hecha al Derecho británico, sin tener en cuenta la remisión. El problema es que el criterio del artículo 12.5.º del Código Civil resulta ahora inviable. Para delimitar si debemos aplicar el Derecho inglés o escocés no nos sirven las normas de conflicto británicas, pues éstas utilizan unos criterios (*domicile* matrimonial, lugar de situación del inmueble) que designan sistemas jurídicos extranjeros cuya aplicación hemos rechazado. Si se trata de determinar la sucesión de un ciudadano británico que tiene su domicilio en España, pero bienes inmuebles tanto en Francia como en España, resulta aplicable el Derecho británico correspondiente a su nacionalidad (art. 9.8.º del Código Civil), pero no puede admitirse el reenvío a la ley española, ni tampoco podemos utilizar el criterio británico (*domicile*) para decidir si se aplica el Derecho inglés o escocés, crucial circunstancia por cuanto el segundo establece claros derechos legítimos y el primero no. La solución en este caso consiste en recurrir a un criterio de interpretación integrador del artículo 12.5.º del Código Civil. En principio, existen buenas razones para utilizar como solución subsidiaria la ley «más estrechamente vinculada» al sujeto, sobre la base de un principio general de proximidad, tal y como hace el artículo 1.II del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias (*BOE*, núm. 197, de 17 de agosto de 1988), o el artículo 16 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (*BOE*, núm. 222, de 16 de septiembre de 1973), cuando ha fallado el sistema de remisión indirecta equivalente al artículo 12.5.º del Código Civil, que contemplan ambos convenios como primera solución. Con carácter general, la doctrina española ha propuesto, en materia de estatuto personal, recurrir a la ley de la residencia habitual del

sujeto o sujetos en territorio del sistema plurilegislativo. Aplicado este criterio a un ciudadano británico con domicilio actual en España, exigiría tener en cuenta la aplicación de la ley escocesa o inglesa, según en qué territorio hubiese tenido su domicilio de origen o su última residencia habitual. En el caso extremo de que nunca hubiese residido ni tenido domicilio en el Reino Unido, habrá que valorar todas las circunstancias fácticas, familiares y sociales que permitan proceder a dicha elección. Esta solución siempre es preferible antes que descartar la aplicación del Derecho británico sobre la base de una imposibilidad material de aplicación. Si se llega a esto último, en materia de régimen económico del matrimonio supondría abandonar la conexión principal de la norma de conflicto española (nacionalidad común del art. 9.2.º del Código Civil) pasando a utilizar las subsidiarias (ley elegida por las partes, ley de la residencia habitual inmediatamente posterior al matrimonio o ley del país de celebración del matrimonio), que podrían conducir tanto al Derecho británico, con el mismo resultado de imposibilidad aplicativa, como al Derecho español o incluso de un tercer Estado. Si se tratara de un caso sucesorio, la falta de conexiones subsidiarias del artículo 9.8.º del Código Civil no dejaría más opción que aplicar el Derecho español como solución de cierre, lo que no deja de ser irónico, especialmente si insistimos en la aplicación del Derecho británico por rechazar un reenvío parcial a la ley española.

5. DIFICULTADES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO MATERIAL INGLÉS O ESCOCÉS

Como ya se ha señalado, salvo en cuestiones tales como la seguridad social o el Derecho fiscal, no cabe hablar propiamente de un «Derecho británico». En particular las diferencias se producen entre el Derecho inglés y el escocés (así como el nordirlandés que sigue el régimen jurídico propio de la isla vecina). La *House of Lords* actúa como tribunal de casación tanto para el Derecho escocés como para el Derecho inglés, pero sus precedentes sólo vinculan e integran el sistema escocés cuando se refieren a sentencias de apelación escocesas y lo mismo ocurre respecto del sistema inglés o nordirlandés. Ni siquiera vinculan al sistema ajeno a la sentencia apelada si se trata de normas comunes, aunque en tal caso cabe la posibilidad de que los jueces de los demás sistemas la sigan como *ratio scripta*. Es, justamente, lo que ocurría con la jurisprudencia sobre determinación del *domicile* o en aplicación de las reglas de conflicto comunes a dichos sistemas.

5.1. EN MATERIA DE RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

Existe la creencia común de que el Derecho inglés contempla un régimen legal del matrimonio de separación de bienes. En realidad, esto no es correcto. El Derecho británico no concibe un régimen legal de bienes del matrimonio o, por decirlo de otra forma, el matrimonio no afecta al régimen legal de la propiedad, por lo que cada cónyuge mantiene la propiedad de sus bienes. Aunque en apariencia el resultado material pueda ser el mismo, desde un punto de vista jurídico esta distinción tiene trascendencia, como veremos.

En efecto, el principio de que el matrimonio no afecta en absoluto al régimen de la propiedad tiene en el Derecho inglés un alcance relativo, particularmente por lo que se refiere a la adquisición de la vivienda familiar. Es cierto que la corrección a la que nos vamos a referir no es consustancial al matrimonio, pues puede darse igualmente cuando se trata de parejas de hecho. Nos referimos a la consideración de un *constructive trust* entre ambos cónyuges con respecto a la vivienda familiar en aquellos casos en que sólo uno de los cónyuges figura como titular formal de la propiedad legal. En determinadas circunstancias, el otro cónyuge puede reclamar una parte de la propiedad material o fiduciaria con motivo de su contribución directa o indirecta a la adquisición de dicho inmueble, que habitualmente se calcula en proporción a dicha contribución (operación sin duda compleja, que muchas veces lleva a los tribunales a un criterio de división por mitades escasamente justificado), y cuyo efecto más relevante es la oponibilidad de tal derecho frente a los acreedores hipotecarios del bien inmueble, limitando la extensión del derecho (efecto impensable en el modelo hipotecario español, dado que el *trust* es oponible aun cuando no consta formalmente). Al menos este es el efecto característico respecto de los cónyuges, puesto que en los procedimientos de separación y divorcio la figura del *constructive trust* sobre la vivienda familiar tiene menor relevancia debido a las amplias facultades del juez para asignar cuotas de propiedad al cónyuge en desventaja. En cambio, en el caso de las parejas de hecho, la figura tiene interés para gestionar la ruptura, así como para oponer los derechos derivados a acreedores hipotecarios. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que de existir un *resulting* o *constructive trust* sobre la vivienda familiar, la transmisión de la propiedad a un tercero o al heredero implica la transmisión de dicha carga, aunque no se haga expresa mención en el contrato ni en registro alguno. En términos calificadorios propios, dicho *constructive trust* aboca a una comunidad romana con el establecimiento de cuotas o proporciones concretas.

Así, en el caso *Lloyd's Bank v. Rosset* (1990), la esposa se opone a una ejecución hipotecaria de una granja dirigida contra su marido, titular legal exclusivo de la propiedad y deudor hipotecario, basándose en la existencia de un *constructive trust*, así como en la ocupación efectiva del bien en el momento de registrarse la hipoteca. El tribunal aceptó la ejecución hipotecaria, pero sólo

porque la fecha crítica de la ocupación debía ser la de «constitución» de la carga, y no la de «registro», y en la primera fecha la ocupación no era efectiva ni, por tanto, podía oponerse el derecho frente al acreedor hipotecario. El Tribunal de Apelación modifica la sentencia porque cree que la esposa sí estaba ocupando el bien en esa fecha, y el asunto llega a la *House of Lords*. Lord Bridge of Harwich niega el *trust* porque la aportación de la esposa consistía en una mera ayuda en los trabajos de restauración, cuyo valor acabaría siendo en todo caso simbólico. Un supuesto muy parecido se dilucida en *Midland Bank v. Cooke and another* (1995), pero en este caso la esposa había aportado su salario para los gastos domésticos, el mantenimiento del inmueble, cuidando además de la propiedad y el jardín. En 1984 había conseguido una orden declarativa de propiedad conjunta otorgada por un *county court*, y tres años después se opuso a la ejecución hipotecaria. El juez le concedió sólo un 6,47 por 100, y en la apelación el Tribunal se mostró favorable a una cuantificación adecuada y proporcional exclusivamente de las contribuciones directas.

La institución señalada se formula inicialmente en una decisión inglesa de la *Court of Appeal* (*Gissing v. Gissing*, 1969), finalmente casada por la *House of Lords*, que opta por reiterar el principio rígido de separación formulado en el caso *Pettit v. Pettit* (1968). Sin embargo, las tesis de Lord Denning formulando la «teoría de la contribución financiera sustancial», apoyada en algunas disposiciones de la *Matrimonial Proceedings and Property Act de 1970*, que reconoce expresamente (sección 37.^a) los derechos de un cónyuge que ha adquirido un *interest* en el bien de otro cónyuge, han acabado imponiéndose, si bien los perfiles de la institución no son absolutamente nítidos (*Eves v. Eves*, 1975; *Burns Burns*, 1984; *Grant v. Edwards and another*, 1986; *Thomas v. Fuller-Brown*, 1988; *Lloyd's Bank v. Rosset* (1990); *Springer v. Defoe*, 1992; *Midland Bank v. Cooke and another*, 1995). Pero podría afirmarse que subyace en el fondo un principio de protección patrimonial de los cónyuges y de la familia, así como del cohabitante de larga duración, particularmente cuando hay hijos de por medio.

En principio, para admitir la existencia de un *constructive trust* sobre la vivienda familiar son necesarias dos condiciones: la primera exige acreditar la existencia de una intención común o compartida por ambos cónyuges en el sentido de que el cónyuge que no figura como propietario legal adquiera un *beneficial interest* en la propiedad en cuestión (*beneficial ownership*). En la actualidad, se estima que dicha intención debe admitirse si existen pruebas directas. Se entiende por tales una constancia escrita u oral del acuerdo, o el simple hecho de una contribución económica sustancial por parte del cónyuge que no es propietario formal. Dicha contribución puede ser directa para la adquisición de la vivienda mediante la aportación de capital al pago del precio o de los vencimientos del préstamo hipotecario. Se admite igualmente como contribución mediante el pago de arreglos o trabajos sustanciales en la vivienda adquirida. La prueba o evidencia de la «intención común» puede ser

asimismo implícita, mediante la contribución financiera de sustancias a las cargas familiares, de forma que mientras el cónyuge, que es propietario formal, abona los vencimientos hipotecarios, el otro asume los gastos ordinarios del hogar: vestido, alimentación, vacaciones, colegio de hijos, etc. Más dudoso, a la luz de la jurisprudencia, generalmente contraria, es que pueda deducirse la intención común por el mero hecho de realizar personalmente trabajos sustanciales de arreglo o renovación de la vivienda (arreglar el jardín o pintar la casa, por ejemplo).

La segunda condición es que el hecho de haber establecido la propiedad formal de uno sólo de los cónyuges (motivado a menudo por ventajas financieras o para evitar perjuicios derivados de una relación con un cónyuge anterior o con un tercero) implique una actuación realizada en la confianza de esa común intención, con perjuicio para el otro cónyuge. En relación con esta segunda condición, la jurisprudencia es clara al señalar su concurrencia cuando hay un perjuicio económico directo o indirecto derivado de las aportaciones económicas directas o indirectas. Sin embargo, al día de hoy no se considera que concurra tal perjuicio económico por el mero hecho de haber realizado ciertos sacrificios o comportamientos (*proprietary estoppel*), tales como abandonar una carrera profesional para dedicarse al cuidado de los hijos y de la familia en general.

En el Derecho escocés se ha producido un progresivo acercamiento a los parámetros del Derecho inglés. El Derecho escocés conoció históricamente fórmulas de comunidad de bienes en el matrimonio, que desaparecieron a lo largo del siglo XIX. Actualmente tras la *Family Law (Scotland) Act de 1985* resulta clara la separación patrimonial absoluta entre ambos cónyuges. Pero al igual que en el Derecho inglés se ha planteado el problema de los derechos de uno de los cónyuges que, no figurando como cotitular de la propiedad, ha contribuido indirectamente a su adquisición. Para llegar a resultados similares a los del Derecho inglés se ha utilizado la ficción de una «agencia» o «representación implícita» en la adquisición. Pero tras la *Requirements of Writing (Scotland) Act de 1955* se ha importado la misma figura inglesa del *trust*. Con todo, no cabe hablar de una respuesta clara por parte de los Tribunales, puesto que existen asimismo precedentes que recurren a la fórmula compensatoria de menor alcance basada en la doctrina del «enriquecimiento injusto» [*Scanlon v. Scanlon* (1990) y *Newton v. Newton* (1923)], que podrían ser perfectamente suscribibles por un sistema romano-germánico, como el español, sin ir más lejos. Por otra parte, no debe olvidarse que, con carácter general, la *Matrimonial Homes (Family Protection - Scotland) Act de 1981*, aun no afectando a la propiedad de la vivienda familiar, impone cargas legales (usufructo) susceptibles de afectar a los derechos de terceros.

Si el inmueble del que estamos hablando se encuentra en España, y debe ser aplicado el régimen de efectos patrimoniales previsto en el Derecho in-

glés o escocés, ¿qué criterios debe seguir el Registrador a la hora de inscribir el título correspondiente? Que ambos cónyuges adquieran conjuntamente bajo la rúbrica genérica de que lo hacen bajo su régimen económico-matrimonial puede inducir a confusión, tanto si se estima que dicho régimen es el de separación como si en el fondo se interpreta que es una declaración de su común intención de constituir un *trust* o comunidad romana, cuyas porciones no tienen por qué ser equivalentes. En este caso, pues, no parece desacertada la práctica de exigir a ambos cónyuges que declaren la cuota o parte de la propiedad indivisa que adquiere cada cual.

Pero, de otro lado, si el régimen de los efectos patrimoniales del matrimonio se rige por el Derecho inglés o escocés, y quien figura como adquirente es, exclusivamente, uno de los cónyuges, es asimismo errónea la presunción de que la propiedad formal resultante pertenece de forma privativa al cónyuge adquirente. Porque, en realidad, esta afirmación deriva de esa defectuosa comprensión del Derecho inglés (o escocés) como un derecho que genera un régimen de separación de bienes, tal y como lo concebimos dentro de nuestras concepciones. En realidad, los *constructive trust* analizados no encajan con semejante visión. Bien entendida, la jurisprudencia sobre dicha institución vendría a hacer al menos conveniente la declaración de ambos cónyuges, si no en la escritura de compraventa, en un documento complementario, en el que se incluyera una declaración expresa acerca de la intención común de los cónyuges acerca de la constitución de dicho *trust*, especificando su respectiva cuota en la propiedad, o, al contrario, haciendo expresa dicha falta de intención común, con lo cual la propiedad, a todos los efectos, sería privativa del cónyuge que aparece como adquirente formal.

La cautela propuesta resulta indicada independientemente de que la oponibilidad de la propiedad inmobiliaria frente a terceros se rija por el Derecho español en virtud del artículo 10.1.º del Código Civil, pues permite acomodar el régimen de la publicidad registral al verdadero alcance del régimen de bienes del matrimonio conforme al Derecho extranjero aplicable. Nótese que los principios que rigen la calificación (art. 12.1.º del Código Civil) exigen que deba aplicarse el Derecho inglés o escocés reclamado por el artículo 9.2.º del Código Civil, independientemente de que las normas materiales que regulan la propiedad matrimonial en el Derecho inglés o escocés se puedan considerar como disposiciones más cercanas a una calificación real que familiar.

5.2. MATERIA SUCESORIA

El Derecho inglés y el escocés presentan una diversidad más acusada en materia sucesoria. En el caso de sucesión testada, el Derecho escocés reconoce derechos legitimarios sobre las dos terceras partes de los bienes mue-

bles, asignando a los hijos un tercio, y otro al cónyuge supérstite. Si no hay hijos, la legítima del cónyuge es de la mitad de los bienes muebles (*ius relictæ*). Si sólo sobreviven hijos, su legítima es asimismo de la mitad del caudal mobiliario (*legitum*). En el caso de sucesión intestada, y como corresponde generalmente a un sistema de separación patrimonial entre los cónyuges, se atribuye al cónyuge supérstite importantes privilegios y derechos prioritarios, que afectan singularmente a la vivienda familiar (*dwelling housing*) siempre que viva allí, los bienes muebles y el capital mobiliario, por un importe máximo de 130.000 libras. A continuación son llamados a suceder ascendientes, hermanos, etc.

En el Derecho inglés el régimen sucesorio viene regulado básicamente en la *Administration of Estates Act de 1925*, la *Law Reform (Succession) Act de 1995* y la sección 25.^a de la *Family Law Act de 1996*. Existe el criterio de libertad de testar sin reconocimiento de las legítimas. Sin embargo, se habilita a los tribunales para dictar provisiones que favorezcan al cónyuge supérstite, al cónyuge divorciado que no ha contraído nuevo matrimonio, a los descendientes y a cualesquiera otras personas que tuvieran una relación de dependencia con el causante antes de su fallecimiento, incluso sin vínculo familiar alguno. Dicha posibilidad se confiere con mucha flexibilidad, y puede consistir en el establecimiento de pensiones vitalicias, obligaciones de alimentos, entrega de un determinado capital, etc. Con frecuencia, pues, se estima de forma errónea que la libertad de testar implica una intangibilidad casi sagrada de la voluntad del causante que, como hemos señalado, está sujeta a ciertas restricciones impuestas por los propios órganos jurisdiccionales. En el caso de sucesión intestada, el cónyuge que sobreviva al menos 28 días al causante hereda los «*personal chattels*», es decir, el mobiliario familiar, las joyas (no la propiedad afectada a la actividad profesional ni el capital mobiliario), 125.000 libras más el 6 por 100 de sus intereses desde el fallecimiento. Es el llamado *statutory legacy*. Además tiene derecho a las rentas (no al capital) de la mitad del caudal relicto restante, que debe ser invertido a tal fin. El resto genera un *trust* del que son beneficiarios, a partes iguales, los hijos. Si no hubiera hijos, pero sí padres o hermanos, el cónyuge supérstite tiene derecho a 200.000 libras de *statutory legacy* y su mitad sobre los bienes restantes incluye asimismo el capital. El resto pasa a los padres y, en su defecto, a los hermanos. Si no los hubiera el cónyuge es heredero universal. La importancia de las disposiciones sobre sucesión intestada en el Derecho inglés son muy relevantes, por cuanto, en contra de la creencia habitual, la mayor parte de los ingleses no otorgan testamento (según los datos de la *Law Commission* sólo lo hace el 30 por 100, y sólo el 60 por 100 de los mayores de sesenta años).

Puede suponerse, a la luz de las diferencias señaladas, la trascendencia de determinar correctamente la aplicabilidad de la ley inglesa o escocesa cada

vez que el registrador se vea en la tesitura de valorar la eficacia de una disposición testamentaria relativa a un inmueble situado en España, o de establecer el régimen de transmisión sucesoria de dicho bien inmueble en el caso de que el causante fallezca sin otorgar testamento.

BIBLIOGRAFÍA

- P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: «El artículo 12.5.º del Código Civil y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXXVII, 1978, pág. 72 y sigs.
- A. BORKOWSKI: *Textbook on Succession*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2002.
- C. M. V. CLARKSON & J. HILL: *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2.ª ed., Butterworths, 2002.
- J. G. COLLIER: *Conflict of Laws*, 2.ª ed., Cambridge University Press, 1994.
- E. CRAWFORD: *International Private Law (Greens Concise Scots Law)*, Edinburgh, W. Green/Sweet & Maxwell, 1998.
- J. M. CRETNEY y J. M. MASSON: *Principles of Family Law*, 6.ª ed., Oxford, Sweet & Maxwell, 1997.
- DICE & MORRIS: *The Conflict of Laws (Third Supplement to the Thirteenth Edition)*, Thomson-Sweet & Maxwell, 2003.
- J. C. FERNÁNDEZ ROZAS & S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- H. IRMA: *The Scottish Law of Succession*, Butterworths, 2002.
- T. LAWSON-CRUTTENDEN y A. ODUTOLA: «Constructive Trust. A Practical Guide», en *Family Law*, 1995, pág. 560 y sigs.
- L. NEVILLE BROWN: «Angleterre», en *Le régime matrimonial legal dans les législations contemporaines*, 2.ª ed., Paris, Pedone, 1974.
- PARRY and CLARK: *The Law of Succession*, 11.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2002.
- M. PILKINGTON: «Illegal Residence and the Acquisition of a Domicile of Choice», en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 33, 1984, pág. 885 y sigs.
- M. E. RODGERS: *Family Law (Blackstone's LLB Cases & Materials)*, Nottingham, 1998.
- S. A. SÁNCHEZ LORENZO: «Artículo 12.5.º», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2.ª ed., Madrid, Edersa, 1995, págs. 943-973.
- E. E. SUTHERLAND: *Family Law*, Edinburgh, T & T Clark, 1999.
- R. A. D. URQUHART, K. F. C. BAKER y M. P. CLANCY: «Chapter XVII, Royaume-Uni», en *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, t. III, Bruselas, Bruylant, 2003.
- J. WADE: «Domicile: A Re-Examination of Certain Rules», en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32, 1983, pág. 1 y sigs.
- D. M. WALKER: *The Scottish Legal System*, 8.ª ed., Edinburgh, W. Green-Sweet & Maxwell, 2001, págs. 443-444.

RESUMEN

INVERSIONES. BRITÁNICOS

Se analizan en este trabajo algunos problemas prácticos que suscitan las inscripciones en el Registro de la Propiedad en que se ven involucrados individuos de nacionalidad británica, particularmente cuando resulta preciso determinar su régimen económico-matrimonial y sucesorio. En primer término, se ponen de relieve las dificultades que suscita la determinación de la ley personal de los nacionales británicos, en aplicación de los artículos 9.1.º, 9.2.º y 9.8.º del Código Civil. Dado que no existe una nacionalidad inglesa o escocesa, la delimitación de la ley aplicable entre ellas, a tenor del artículo 12.5.º del Código Civil, requiere poner en práctica el criterio del domicilio, según se concibe en la jurisprudencia de la House of Lords. Ello obliga a clarificar tres conceptos básicos: domicilio de origen, domicilio de elección y domicilio de dependencia. Cuando el domicilio se sitúa en España o en un tercer Estado, es necesario analizar el alcance de las normas de conflicto inglesas y escocesas y, finalmente, determinar en qué casos cabe admitir el reenvío en el Derecho español. Si se establece la aplicación de la ley inglesa o escocesa al régimen económico-matrimonial o a la sucesión, conviene poner en claro el verdadero alcance del Derecho material de estos territorios. Así, frente a la creencia generalizada, el trabajo pone de relieve los derechos reales del cónyuge en la propiedad de la vivienda familiar (constructive trust), incluso en aquellos casos en que el otro cónyuge aparece como único propietario formal. De igual modo, se enfatizan las diferencias entre el Derecho inglés y escocés en materia de libertad de testar, y los límites que ésta afronta incluso en el Derecho inglés. A la luz de este análisis, se formulan algunas propuestas y cautelas para la práctica registral.

ABSTRACT

BRITISH INVESTMENTS

This paper analyses some practical problems of property registration involving individuals of British nationality, particularly when the system governing the individuals' marital assets and succession must be determined. First, stress is laid on the difficulties of determining what law applies to the person of British nationals under articles 9.1, 9.2 and 9.8 of the Civil Code. Because there is no English or Scottish nationality, the delimitation of the law applicable to English persons or Scots, pursuant to article 12.5 of the Civil Code, requires use of the criterion of domicile, as conceived in the jurisprudence of the House of Lords. That makes it needful to clarify three basic concepts: domicile of origin, domicile of choice and domicile of dependence. When the domicile is located in Spain or a third country, it is necessary to analyse the scope of the English and Scottish rules of conflict and, lastly, to determine in what cases referral to Spanish law may be admitted. If the application of English or Scottish law to the system of marital assets or succession is established, it is best to specify the true scope of the substantive law of said territories. So, as opposed to widespread belief, the paper highlights the real rights of the spouse in ownership of the family home (constructive trust), even in those cases where the other spouse appears as the sole formal owner. Similarly, emphasis is placed upon the differences between English and Scottish law in matters of freedom to make wills, and the limits that such freedom faces even in English law. In the light of this analysis, a number of proposals and precautions for the practice of registration are shared.

(Trabajo recibido el 20-06-06 y aceptado para su publicación el 18-08-06)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE

Por JUAN JOSÉ JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 21-3-2006
(BOE 15-6-2006)
Registro de la Propiedad de Pineda de Mar

OBRA NUEVA: FORMA DE ACREDITAR LA ANTIGÜEDAD. CERTIFICADO DEL TÉCNICO: REQUISITOS.

No existe ninguna norma jurídica que establezca la necesidad de que el certificado expedido por un técnico a los efectos de acreditar la antigüedad de la obra, y permitir así la inscripción registral de la misma sin necesidad de licencia, haya de estar visado por el colegio profesional correspondiente o que deba acompañarse un certificado municipal que testimonie la prescripción de las eventuales medidas de disciplina urbanística. Todo ello sin perjuicio de que en estos casos se exija, al no haber sido el técnico certificante el que ha firmado el proyecto ni dirigido la obra, que se demuestre con documentación de su colegio profesional que tiene facultades suficientes.

Resolución de 6-4-2006
(BOE 1-6-2006)
Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITO REFACCIONARIO: CONDICIONES BÁSICAS PARA SU PROCEDENCIA. RECURSO GUBERNATIVO. SUBSANACIÓN DE DEFECTOS: ALCANCE DEL ACTA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 153 DEL REGLAMENTO NOTARIAL.

Al resolver el recurso gubernativo no puede tomarse en consideración documentos que el Registrador no tuvo a la vista al realizar su calificación. El acta prevista en el artículo 153 del Reglamento Notarial permite al Notario rectificar

errores cometidos en la escritura cuando queda claramente establecido, por las circunstancias del propio título rectificado o de otros coetáneos, que en efecto se trata de un error material. Fuera de este caso será siempre preciso un nuevo consentimiento de los otorgantes. Aun admitiendo la moderna línea jurisprudencial del Tribunal Supremo que extiende el concepto de crédito refaccionario a toda relación jurídica —y no sólo a la de préstamo— que consista en un adelanto hecho por el contratista al propietario y que suponga un aumento de valor en el bien objeto de la refacción, no es posible, en el ámbito del recurso gubernativo, decidir si entraría en esa conceptualización el importe de los honorarios profesionales debidos al arquitecto, no siendo a tal efecto suficiente la mera declaración en este sentido hecha por las partes en la escritura, sobre todo en un caso en el que existen otros datos objetivos —registralmente la finca sobre la que se pretende la anotación aparece como rústica y no se ha inscrito ninguna declaración de obra nueva— que impiden entender que la referida relación de prestación de servicios haya supuesto una materialización de inversión que produzca la incorporación de valor en el bien.

Resoluciones de 7, 17(3) y 18(2)-4-2006

(BOE 1 y 7-6-2006)

Registro de la Propiedad de Elche, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD. CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO.

Frente al criterio aislado de la Resolución de 21 de julio de 2005, la Dirección General retorna a la doctrina sentada en la Instrucción de 12 de diciembre de 2000, luego recogida en diferentes resoluciones, anteriores y posteriores a la ya citada de 21 de julio de 2005. De esta forma se confirma la nota de calificación del Registrador por la que éste se había opuesto a la solicitud de cancelación por caducidad de una anotación de embargo que constaba prorrogada con anterioridad a la entrada en vigor de la actual LEC. Se sostiene la plena aplicación del artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario y se exige, para poder cancelar por caducidad la referida anotación, que se acredite que han transcurrido seis meses desde que haya recaído resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento del que dimana la anotación.

Resolución de 20-4-2006

(BOE 1-6-2006)

Registro de la Propiedad de Baza

DERECHO DE VUELO. PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS COMUNES. FORMA DE ACREDITAR LOS ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS.

No hallándose configurado el derecho de vuelo de otra forma en un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, ha de presumirse su carácter de elemento común, por lo que para atribuir a lo edificado en ejercicio del mismo el carácter privativo ha de determinarse la causa de tal des-

plazamiento patrimonial. Para acreditar un acuerdo de la Junta de Propietarios puede acudirse al testimonio notarial del libro de actas, o bien a la certificación expedida por el Secretario de la Junta con aseveración notarial, con referencia al libro de actas, de hallarse el mismo en el ejercicio del cargo.

Resolución de 21-4-2006

(BOE 16-6-2006)

Registro de la Propiedad de Requena

CONCURSO DE ACREEDORES: EFECTO SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN INDIVIDUAL. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

Hallándose practicada sobre la mitad indivisa de una finca anotación preventiva por la que se declaraba a la sociedad titular en situación de concurso necesario, no es posible practicar la inscripción del testimonio de un auto de adjudicación dictado con posterioridad a dicha declaración de concurso y en un procedimiento de ejecución individual preexistente al propio concurso, puesto que la regla general de suspensión de dichas ejecuciones individuales a partir de la declaración de la situación de concurso así lo impone y no se está en alguno de los supuestos de excepción que menciona el artículo 55 de la Ley Concursal. Se trata de un obstáculo que resulta del Registro y que es susceptible de calificación por el Registrador al amparo de lo previsto en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 22-4-2006

(BOE 16-6-2006)

Registro de la Propiedad de Xixona

ARRENDAMIENTOS: NATURALEZA JURÍDICA. COMUNIDAD DE BIENES: ACTOS DE ADMINISTRACIÓN. CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS.

Insiste nuevamente la Dirección General en la necesidad de que las notas de calificación sean suficientemente detalladas y expresen toda la fundamentación jurídica suficiente. En caso contrario, el recurso gubernativo sólo podrá abordar las cuestiones que directamente resulten del defecto en los términos en que se haya planteado en la referida nota. Siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo y sus propios pronunciamientos previos estima que el arrendamiento de una finca constituye un acto de mera administración, salvo en los casos en los que por su duración o por otras circunstancias puedan equipararse a actos dispositivos. Por esa razón será suficiente a los efectos de su acceso al Registro que, tratándose del arrendamiento de una finca que pertenezca en proindiviso a varios titulares, la escritura la otorguen los que representen la mayoría de dicha comunidad, al amparo del artículo 398 del Código Civil, sin que además exista obligación de acreditar la notificación a los demás condueños o la forma en que se haya verificado la toma de la decisión en el seno de dicha comunidad.

Resolución de 24-4-2006

(BOE 15-6-2006)

Registro de la Propiedad de Torrelaguna

SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN DE FINCAS: PARCELACIONES URBANÍSTICAS. LICENCIA OBTENIDA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO: FORMA DE ACREDITARLO. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS PRESENTADOS POR SEGUNDA VEZ.

Considerando que el Registrador no puede, al realizar la calificación, tener en cuenta informaciones obtenidas por medio de indagaciones que en ningún caso debe realizar, o fruto de sus conocimientos personales, en la mayoría de las ocasiones, acreditado el transcurso del plazo legalmente establecido para la concesión de la licencia de parcelación por silencio administrativo, no tendrá elementos de juicio suficientes para estimar si el derecho obtenido por silencio es o no contrario al planeamiento, por lo que habrá de considerar concedida la correspondiente licencia. Será la Administración la que por vía judicial impugne la validez de dicha licencia y solicite del Juez la adopción de las pertinentes medidas que impidan que la inscripción despliegue todos sus efectos. Cuando un documento que había sido objeto de una calificación desfavorable ha sido nuevamente presentado, el Registrador hará una nueva calificación no necesariamente vinculada por la anterior.

Resolución de 25-4-2006

(BOE 16-6-2006)

Registro de la Propiedad de Parla, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. PRÓRROGA. AMPLIACIÓN DE EMBARGO: EFECTOS RESPECTO A TERCEROS POSEEDORES. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

En un procedimiento de ejecución derivado de un embargo que consta anotado en el Registro se ordena la cancelación, como cargas posteriores, de una anotación de prórroga de otra anterior a la del embargo que motiva la ejecución, y de una anotación de ampliación de ese embargo anterior. Respecto a la cancelación de la prórroga, el Centro Directivo afirma que no cabe considerar la carga posterior, dado que la prórroga de una anotación de embargo se limita a prolongar los efectos de la anotación prorrogada en el tiempo, gozando de la misma prioridad que ésta. Con relación a la ampliación de embargo y a la posibilidad de que dicha ampliación afecte a titulares de cargas posteriores a la anotación del embargo ampliado, confirmando su propia doctrina, y de conformidad con lo previsto en la LEC, la Dirección General considera que la cantidad consignada en una anotación de embargo sólo opera como límite de responsabilidad del bien trabado en beneficio de quien hubiera adquirido la finca en otra ejecución, y siempre considerando como fecha de referencia para la eficacia de eventuales ampliaciones del citado embargo respecto a esos terceros poseedores la de la inscripción de su respectiva adquisición en el Registro. No puede discutirse a través del recurso gubernativo la validez o procedencia de las anotaciones de prórroga y de ampliación de embargo ya practicadas, puesto que dichos asientos se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Resolución de 26-4-2006
(BOE 19-6-2006)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 16

CONDICIONES. CANCELACIÓN. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN. PRESCRIPCIÓN: SU RELEVANCIA EN EL REGISTRO.

Las condiciones, suspensivas o resolutorias, no pueden ser canceladas sino es con el consentimiento de sus respectivos titulares, mediante la constatación fehaciente de la realidad del hecho que produzca su cumplimiento o incumplimiento, o por medio de una resolución judicial firme dictada en un procedimiento dirigido contra dichos titulares. El hecho de la prescripción no es una cuestión que pueda ser apreciada directamente por el Registrador, sin perjuicio del procedimiento excepcional previsto para las hipotecas y condiciones resolutorias en garantía de precio aplazado previsto en el párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Resoluciones de 27 y 28-4-2006
(BOE 19-6-2006)

Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 1

EXPEDIENTE DE DOMINIO. TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO. CALIFICACIÓN REGISTRAL. DOCUMENTOS JUDICIALES.

Existiendo la constancia de que se ha notificado personalmente al titular registral con inscripción de antigüedad inferior a treinta años el expediente de dominio para la reanudación del tracto interrumpido, no puede el Registrador rechazar la inscripción cuestionándose la forma o momento procesal en que tal emplazamiento haya sido realizado.

Resolución de 29-4-2006
(BOE 19-6-2006)

Registro de la Propiedad de Mazarrón

EXCESOS DE CABIDA: DUDAS ACERCA DE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. CALIFICACIÓN: INTERVENCIÓN DEL REGISTRADOR SUSTITUTO.

La registración de un exceso de cabida exige que resulte indubitado que la superficie que ahora se pretende constatar es la que debió reflejarse cuando la finca se inmatriculó, por ser la realmente contenida en los linderos registrados originariamente. Si el Registrador alberga dudas sobre este extremo ha de rechazar la inscripción, siendo esta cuestión sólo solucionable a través de otros procedimientos —distintos de la mera aportación de certificaciones catastrales o técnicas— como el expediente de dominio, el acta de notoriedad o la inmatriculación por título público del artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 3-5-2006

(BOE 19-6-2006)

Registro de la Propiedad de Zamora, número 1

NOTA DE AFILIACIÓN NEGATIVA: NOTIFICACIÓN. RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

La calificación desfavorable de un documento presentado a inscripción ha de ser notificada de forma que quede constancia fehaciente de la fecha en que tal notificación se realiza. En caso contrario, no cabrá considerar extemporáneo el recurso presentado en impugnación de la misma. No es el recurso gubernativo el procedimiento adecuado para ventilar eventuales errores existentes en asientos ya practicados, sino que habrá de acudirse a lo previsto en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 4-5-2006

(BOE 19-6-2006)

Registro de la Propiedad de San Vicente de la Barquera

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO. OBRA NUEVA: FORMA DE ACREDITAR LA LEGALIDAD URBANÍSTICA. PROPIEDAD HORIZONTAL.

Aportada con los títulos inmatriculadores certificación catastral de la que resulta que el local cuya inscripción se pretende se halla construido desde el año 1900, ha de entenderse prescritas las eventuales acciones para la reposición de la legalidad urbanística. La mera circunstancia de que lo que se pretenda inmatricular sea un local no puede llevar al Registrador a presumir que existe una propiedad horizontal.

Resolución de 5-5-2006

(BOE 19-6-2006)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 1

TERCERÍA DE DOMINIO. CALIFICACIÓN REGISTRAL. DOCUMENTOS JUDICIALES.

Habiéndose seguido juicio de tercería de dominio bajo la vigencia de la antigua LEC, y resolviendo la sentencia no sólo el levantamiento del embargo, sino también la atribución del dominio de la finca a favor del actor, no puede el Registrador oponerse a la inscripción entendiéndose que el procedimiento no es el adecuado para determinar la citada titularidad, porque supondría revisar el fondo de la decisión judicial en una materia en la que la doctrina y la jurisprudencia no eran uniformes al interpretar la referida normativa procesal.

Resolución de 11-5-2006

(BOE 26-6-2006)

Registro de la Propiedad de Cistierna

INMATRICULACIÓN: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. RECURSO GUBERNATIVO. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL REGISTRADOR.

Las eventuales dudas que puedan surgir al calificar un título que pretende la inmatriculación respecto a la identidad de la finca cuya primera inscripción se pretende no pueden dilucidarse a través del recurso gubernativo, son por medio del procedimiento establecido en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario. De igual manera se concluye que no es dicho recurso gubernativo el cauce adecuado para ventilar la eventual responsabilidad civil en que pudiera incurrir el Registrador al desarrollar su actividad profesional.

Resolución de 12-5-2006

(BOE 22-6-2006)

Registro de la Propiedad de Escalona

HERENCIA. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

Hallándose instituida la esposa del testador como heredera, pero sujetándose a sustitución fideicomisaria el llamamiento en relación con un bien concreto, no puede aclararse las dudas acerca de la identidad de dicho bien sólo con la mera manifestación de la propia heredera fiduciaria, sin siquiera aportar pruebas objetivas que atestigüen la referida identidad del bien objeto del gravamen fideicomisario.

Resolución de 13-5-2006

(BOE 22-6-2006)

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 1

BIENES GANANCIALES. CONFESIÓN DE PRIVATIVIDAD. TESTAMENTO: CONTENIDO.

La actual regulación de nuestro Código Civil que admite la libre contratación entre los cónyuges y el pleno valor y eficacia *inter partes* de la confesión de privatividad (arts. 1.323 y 1.324), permiten que pueda hacerse constar el carácter privativo de un bien inscrito como ganancial mediante la confesión contenida en el testamento de uno de los esposos, puesto que el artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario recoge la posibilidad de reflejar en el Registro la confesión cuando se hiciera con posterioridad a la inscripción de la adquisición.

Resolución de 16-5-2006

(BOE 22-6-2006)

Registro de la Propiedad de Olot

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: EFECTOS. CUARTA TREBELIÁNICA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Tomada anotación de demanda de detración de la cuarta trebeliánica, aunque ya la finca no aparezca inscrita a nombre del demandado por haberla aportado a una sociedad mercantil, no cabe denegar la práctica de anotación de embargo ordenado en ejecución de la sentencia que puso fin al procedimiento iniciado con la demanda anotada, dado que el efecto de esa anotación de demanda consiste precisamente en garantizar que la sentencia que en su día se dicte opere como si se hubiera producido en el momento de practicarse la anotación.

Resolución de 17-5-2006

(BOE 22-6-2006)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 3

DONACIÓN: PERFECCIÓN. REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN: EFICACIA.

Planteado el clásico debate doctrinal respecto al momento en el que se entiende perfeccionada la donación, la Dirección General sigue la postura sostenida por la más moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar los artículos 623 y 629 del Código Civil, y considera que la donación se perfecciona desde la aceptación del donatario, pero puede ser revocada por el donante hasta tanto no conozca dicha aceptación.

Resolución de 18-5-2006

(BOE 22-6-2006)

Registro de la Propiedad de Torrelaguna

OBRA NUEVA: CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE LA LICENCIA. SEGURO DECENAL: CASOS EN QUE PROCEDE SU EXIGENCIA. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO.

Presentada una escritura de declaración de obra nueva que se ampara en una licencia inicialmente concedida para toda la urbanización en el año 1988, así como en una segunda licencia referida a la ejecución de cinco viviendas, el Centro Directivo recuerda que no corresponde al Registrador la apreciación de la eventual caducidad o prescripción de las licencias urbanísticas. Lo que sí resulta exigible es la constitución del seguro decenal, dado que debe entenderse que es ahora para la concesión de la licencia de edificación de las señaladas cinco viviendas cuando se ha presentado el proyecto de ejecución material comprensivo de estructuras e instalaciones de esa edificación.

Resolución de 22-5-2006

(BOE 26-6-2006)

Registro de la Propiedad de Negreira

RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO. VIVIENDA HABITUAL DEL MATRIMONIO: ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.320 DEL CÓDIGO CIVIL.

Una interpretación finalista del artículo 1.320 del Código Civil debe llevarnos a asimilar el supuesto de compra con constitución inmediata de hipoteca destinada a financiar la adquisición de la vivienda, con el de compra de una vivienda que ya estaba gravada, de forma que no se considere exigible que el cónyuge adquirente haga la manifestación sobre el carácter de la vivienda comprada, ni que su consorte preste el consentimiento a la constitución de la referida hipoteca.

Resolución de 23-5-2006

(BOE 26-6-2006)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 10

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA DE FORMAS. TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE. FACULTADES DE REPRESENTACIÓN: FORMA DE ACREDITARLAS.

Partiendo de que en el sistema registral español el principio de legalidad exige, como regla general, para poder acceder al Registro el documento público, y considerando que los rasgos esenciales que en nuestra legislación tipifican el concepto de documento público inscribible son la autorización por funcionario público con facultad de dación de fe, y la observancia de las solemnidades requeridas por la ley, especialmente la identificación de los otorgantes y la apreciación de su capacidad, entiende la Dirección General que ha de aplicarse, al analizar la inscribibilidad de un documento extranjero, el principio de equivalencia de formas derivado del artículo 12.1 del Código Civil, en lugar de las reglas contenidas en el artículo 11 del mismo cuerpo legal. Sobre estas premisas se rechaza la equiparación con un documento público susceptible de inscripción, lo que no es sino una mera autorización con firma legitimada. De igual forma se recuerda que las facultades de quien otorga el poder o autorización no pueden resultar acreditadas con simples manifestaciones del compareciente.

Resolución de 24-5-2006

(BOE 10-7-2006)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 42

RECURSO GUBERNATIVO: PRESUPUESTOS. CALIFICACIÓN REGISTRAL: FORMA.

Deben considerarse como presupuestos esenciales para la posibilidad de interponer un recurso gubernativo la necesidad de que exista una nota de calificación negativa, y el que el recurso se interponga dentro del plazo previsto en la Ley Hipotecaria.

Resolución de 25-5-2006

(BOE 10-7-2006)

Registro de la Propiedad de Ayamonte

SOCIEDAD CIVIL. OBJETO SOCIAL. REGISTRO MERCANTIL.

Tratándose de una sociedad cuyo objeto es económica y jurídicamente mercantil, no cabe admitir que se constituya como una sociedad civil, sino que deberá ajustarse a los requisitos y formas establecidas en el Código de Comercio. No cabe practicar inscripción de bienes en el Registro de la Propiedad a favor de una sociedad con objeto mercantil, pero con forma civil, dado que las normas mercantiles aplicables son de carácter imperativo e imponen la adopción de uno de los tipos societarios previstos por las mismas con la correspondiente inscripción previa en el Registro Mercantil.

Resolución de 26-5-2006

(BOE 10-7-2006)

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 4

CALIFICACIÓN REGISTRAL: FORMA. TÍTULO INSCRIBIBLE: ERRORES MATERIALES.

Las normas que regulan el procedimiento registral excluyen la posibilidad de una calificación verbal o informal, imponiendo, en garantía de los legítimos derechos de los interesados, el cumplimiento de unos requisitos de forma y fondo a toda calificación negativa. Los errores materiales de escasa importancia que puedan detectarse en el título no pueden constituir obstáculos a la inscripción de los mismos, en la medida en que no perjudiquen o lesionen ningún interés legítimo.

Resolución de 27-5-2006

(BOE 10-7-2006)

Registro de la Propiedad de Vera

SEGREGACIONES Y DIVISIONES. UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO. ACTOS ADMINISTRATIVOS: PRESUNCIÓN DE VALIDEZ.

Presentada una escritura de segregación de finca rústica en la que resulta una porción inferior a la unidad mínima de cultivo, pero que cuenta con la preceptiva licencia del Ayuntamiento, no cabe denegar su inscripción aunque la Comunidad Autónoma haya remitido, a través del procedimiento previsto en el artículo 80 de la Resolución del Decreto 1093/1997, de 4 de julio, Resolución declarando nula la citada segregación por no ajustarse a la normativa reguladora de las unidades mínimas de cultivo, puesto que la licencia municipal es un acto administrativo que goza de presunción de validez hasta tanto no prospere una impugnación de la misma por el procedimiento adecuado.

Resolución de 29-5-2006

(BOE 10-7-2006)

Registro de la Propiedad de Mijas, número 2

DOCUMENTOS OTORGADOS POR NOTARIO EXTRANJERO. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA EN LAS ESCRITURAS PÚBLICAS.

Reiterando la doctrina recogida en diversas Resoluciones respecto a la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, el Centro Directivo señala que no está permitido al Registrador revisar en su calificación el juicio de suficiencia hecho por el Notario sobre las facultades del apoderado, no pudiendo exigir que se le acompañe el documento auténtico del que nacen las facultades representativas del apoderado, ni que se le testimonie o transcriba parte alguna de dichos documentos. Ello incluso en el caso en que el poder haya sido otorgado ante Notario extranjero, sin que pueda alegarse que, en tanto en ese país los Notarios no llevan un archivo protocolar de matrices u originales, el traslado de ese documento extranjero no reúne la condición de copia auténtica.

Resoluciones de 30(3) y 31(4)-5-2006
(BOE 15-7 y 26, 29-8-2006)
Registro de la Propiedad de León, número 2

CALIFICACIÓN NEGATIVA: FORMA DE NOTIFICARLA. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA EN LAS ESCRITURAS PÚBLICAS. CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL.

De conformidad con el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, el Registrador se halla obligado a notificar la nota de calificación desfavorable al Notario autorizante de la escritura calificada por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el destinatario, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado. Este requisito es esencial porque determina la consideración de esa fecha como *dies a quo* a los efectos del cómputo del plazo para interponer recursos contra la calificación y para la prórroga del asiento de presentación. Reiterando la doctrina recogida en diversas Resoluciones respecto a la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, el Centro Directivo señala que no está permitido al Registrador revisar en su calificación el juicio de suficiencia hecho por el Notario sobre las facultades del apoderado, no pudiendo exigir que se le acompañe el documento auténtico del que nacen las facultades representativas del órgano de la persona jurídica poderdante, ni que se le testimonie o transcriba parte alguna de dichos documentos. Las Resoluciones de la Dirección General que son estimatorias de los recursos planteados frente a calificaciones desfavorables son vinculantes para todos los Registradores desde la fecha de su publicación en el *BOE*, sin necesidad de esperar a que hayan ganado firmeza.

Resolución de 1-6-2006
(BOE 17-7-2006)
Registro de la Propiedad de Haro

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. RECTIFICACIÓN DE DATOS DE HECHO EN LA DESCRIPCIÓN DE UNA FINCA. DOBLE INMATRICULACIÓN.

Solicitándose por el titular registral de una finca el cambio de denominación de la edificación que en la misma aparece descrita, no cabe denegar tal pretensión, so pretexto de que con ese cambio de denominación se produce una duda fundada acerca de la identidad de la finca, por su eventual confusión con otra finca registral distinta. Las dudas de este tipo, que ponen de manifiesto un posible caso de doble inmatriculación, sólo pueden alegarse en la calificación registral en el momento de instarse la práctica de la primera inscripción de alguna de las fincas afectadas.

Resolución de 1-6-2006

(BOE 17-7-2006)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 20

HIPOTECA CAMBIARIA: GARANTÍA DE LOS INTERESES DE DEMORA. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD O DETERMINACIÓN. REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.

Nuevamente se ve obligada la Dirección General a rectificar el criterio que había mantenido en una Resolución dictada hace apenas un año, dando un giro de ciento ochenta grados y volviendo a la postura que sostuvo en sendos fallos dictados en el año 2002. Nos dice ahora en esta Resolución que, para zanjar definitivamente la cuestión —*sic*—, ha de entenderse posible garantizar con una misma cifra de responsabilidad hipotecaria los intereses de demora que pudieran generarse como consecuencia del impago de una letra de cambio, aunque el importe de esos intereses supere, de acuerdo con lo estipulado en la escritura de constitución de la hipoteca, el límite máximo que prevé el artículo 58 de la Ley Cambiaria y del Cheque. Sostiene en este nuevo fallo el Centro Directivo, que con una hipoteca cambiaria cabe también garantizar obligaciones extracambiarías, siempre que mantengan la debida conexión con la obligación propiamente cartular. Para ello defiende que ha de hacerse una interpretación flexible del principio de especialidad, en atención a las particularidades de este tipo de hipotecas, hasta el punto de considerar que no es preciso separar como cifras de responsabilidad distintas las cantidades que garantizan los citados intereses de demora, una para los que están dentro de los límites del mencionado artículo 58, y otra para los que excedan de tal frontera, dado que la simple aplicación de este precepto y las normas que imponen la interpretación de las cláusulas contractuales en los términos más favorables para que produzcan efecto, hacen innecesario tal determinación separada.

Resolución de 2-6-2006

(BOE 17-7-2006)

Registro de la Propiedad de Santander, número 2

URBANISMO: INSCRIPCIÓN DE SENTENCIA QUE ANULA UNA LICENCIA DE EDIFICACIÓN. SUBROGACIÓN REAL EN LAS LIMITACIONES URBANÍSTICAS.

Independientemente de la eficacia del principio de subrogación real en relación con las limitaciones jurídico-reales derivadas del urbanismo, para que una sentencia de nulidad de una licencia de edificación tenga acceso al Registro es preciso que, o bien se haya citado a los titulares registrales en el procedimiento —cuando se trata de la mera constancia por nota marginal en los términos del art. 75 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio—, o bien que dichos titulares hayan participado en el procedimiento —si de lo que se trata es de inscribir la sentencia, como previenen los arts. 307.7 y 309.1 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio.

Resolución de 3-6-2006

(BOE 24-7-2006)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. CONVENIO REGULADOR. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

Para poder inscribir las adjudicaciones derivadas de un convenio regulador, en la medida en que se refieren a una finca inscrita por mitades indivisas a favor de ambos cónyuges, es preciso que del propio convenio o de otro título resulte la causa jurídica que provoca los correspondientes desplazamientos patrimoniales, dado que si exclusivamente se alude a la liquidación de los bienes gananciales no cabe afectar a bienes que no tienen esta naturaleza. La calificación registral de documentos judiciales puede alcanzar a los obstáculos que resultan del Registro.

Resolución de 5-6-2006

(BOE 17-7-2006)

Registro de la Propiedad de Benalmádena, número 2

REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. RESERVA DE DERECHOS O FACULTADES A FAVOR DEL PROMOTOR. SERVIDUMBRES.

Figurando entre las cláusulas estatutarias de una propiedad horizontal una reserva a favor del promotor del derecho a constituir servidumbres recíprocas sobre dos fincas, para interpretar su duración y la eventual caducidad de tal reserva ha de estarse a las reglas generales previstas en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, teniendo en cuenta que este tipo de reservas no pueden interpretarse extensivamente.

Resolución de 5-6-2006

(BOE 17-7-2006)

Registro de la Propiedad de Llanes

INMATRICULACIÓN: DUDAS FUNDADAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. CATASTRO: REQUISITOS DE LA CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

Si el Registrador alega dudas fundadas sobre la identidad de la finca cuya inmatriculación se solicita, no es el recurso gubernativo el procedimiento adecuado para su resolución, sino que habrá de acudir al cauce previsto en el artículo 306 del Reglamento Hipotecario. Como ya señaló el Centro Directivo en anteriores fallos es suficiente para la inmatriculación que la finca aparezca catastrada a nombre del titular del título previo.

Resolución de 6-6-2006
(BOE 17-7-2006)
Registro de la Propiedad de Cuéllar

HIPOTECA. NOVACIÓN. CANCELACIÓN PARCIAL.

La constancia del saldo pendiente de amortización en la escritura por la que se nova un préstamo hipotecario —saldo al cual le serán aplicables las nuevas normas pactadas en materia de plazo y de intereses— no supone la necesidad de practicar una cancelación parcial de la hipoteca. El principio de indivisibilidad de la hipoteca implica la subsistencia íntegra de la misma, a pesar de esa manifestación de saldo pendiente. No obstante, la constancia tabular de la parte del saldo ya satisfecha puede tener trascendencia a otros efectos, como se deduce del artículo 688 de la LEC.

Resolución de 6-6-2006
(BOE 17-7-2006)
Registro de la Propiedad de Palencia, número 1

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO: TÍTULO PARA PRACTICARLAS. FORMA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

Después de hacer un minucioso examen de los preceptos de la LEC que regulan las distintas formas que pueden revestir las Resoluciones y actos que emanan de los Juzgados, la Dirección General concluye que no debe confundirse el acto por el que se ordena la traba de un embargo o la ampliación del mismo, con la comunicación de dicho embargo al Registrador de la Propiedad a los efectos de su anotación. Teniendo en cuenta además las limitaciones que se imponen a la calificación registral de documentos judiciales, resulta claro que no cabe oponerse a la constatación registral de una mejora de embargo bajo el pretexto de que debió acordarse mediante auto en lugar de providencia de ordenación.

Resolución de 6-6-2006
(BOE 17-7-2006)
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 9

DOCUMENTOS NOTARIALES: IDENTIFICACIÓN DE LOS OTORGANTES. FE DE CONOCIMIENTO.

Si el Notario autorizante de una escritura da fe de conocer a los otorgantes, aunque manifieste que uno de ellos ha exhibido el permiso de conducir, la fe de conocimiento —que quizá sea más correcto denominar juicio de identidad— surte el efecto exigido en el artículo 23 de la Ley del Notariado, independientemente de los medios de que se haya servido el Notario para formar ese juicio.

Resolución de 7-6-2006
(BOE 28-8-2006)
Registro de la Propiedad de Órgiva

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO. AMPLIACIÓN DE EMBARGO. PRINCIPIO DE PRIORIDAD. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Apareciendo la finca inscrita a nombre de persona distinta de aquella contra la que se está dirigiendo el procedimiento que ya motivó en su momento una anotación de embargo, no cabe hacer constar en el Registro la ampliación de dicho embargo en cuanto al principal de la obligación reclamada, a menos que resulte del mandamiento que se trate de una parte de principal que pudiera hacerse valer en el mismo procedimiento —*sic*—, como por ejemplo, vencimientos posteriores de la misma obligación.

Resolución de 8-6-2006
(BOE 28-8-2006)
Registro de la Propiedad de Valdemoro

HIPOTECAS: SUBROGACIÓN DE UN NUEVO ACREEDOR LEY 2/1994, DE 30 DE MARZO. FE PÚBLICA NOTARIAL.

A los efectos del cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 2 y 5 de la Ley 30/1994, de 30 de marzo, ha de entenderse suficiente para la inscripción de la subrogación a favor de un nuevo acreedor el hecho de que en la escritura la entidad subrogada declare haber satisfecho a la anterior acreedora el importe certificado de principal, intereses y demás conceptos adeudados, incorporando un resguardo de la transferencia hecha a favor del propio deudor hipotecario, en tanto en la escritura se ha pactado que el deudor autoriza a la entidad subrogada para disponer de ese dinero y pagar a la primitiva acreedora.

Resolución de 9-6-2006
(BOE 25-8-2006)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 24

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA EN LAS ESCRITURAS PÚBLICAS. CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL.

Reiterando la doctrina recogida en diversas Resoluciones respecto a la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, el Centro

Directivo señala que no está permitido al Registrador revisar en su calificación el juicio de suficiencia hecho por el Notario sobre las facultades del apoderado, no pudiendo exigir que se le acompañe el documento auténtico del que nacen las facultades representativas del órgano de la persona jurídica poderdante, ni que se le testimonie o transcriba parte alguna de dichos documentos. Las Resoluciones de la Dirección General que son estimatorias de los recursos planteados frente a calificaciones desfavorables son vinculantes para todos los Registradores desde la fecha de su publicación en el *BOE*, sin necesidad de esperar a que hayan ganado firmeza.

Resolución de 10-6-2006

(*BOE* 17-7-2006)

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 1

BIENES PRIVATIVOS: ACREDITACIÓN. DOCUMENTO NOTARIAL: EFICACIA. RECURSO GUBERNATIVO.

La falta de acreditación de la representación que ostenta el recurrente ha de ser puesta de manifiesto para su eventual subsanación por el Registrador en la primera fase de desenvolvimiento del recurso gubernativo. Para inscribir como privativos bienes adquiridos a título oneroso por una persona casada en gananciales, no es suficiente aportar un documento privado justificativo de la obtención del dinero con el que se efectúa la adquisición. Se necesita prueba documental pública, teniendo en cuenta que la mera manifestación de una parte en una escritura pública sólo acredita con carácter de prueba documental pública el hecho de que tal manifestación se ha realizado, pero no el contenido de la misma.

Resolución de 12-6-2006

(*BOE* 17-7-2006)

Registro de la Propiedad de Aranjuez

SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN DE FINCAS: LICENCIA. DOCUMENTOS PRIVADOS: FEHACIENCIA.

Tratándose de la elevación a público de un documento privado de segregación y venta de una finca, y no teniendo el citado documento privado fecha fehaciente frente a tercero de acuerdo con el artículo 1.227 del Código Civil, debe aplicarse la normativa vigente al tiempo de otorgarse la escritura y, en consecuencia, exigir la obtención de licencia de segregación.

Resolución de 13-6-2006

(*BOE* 17-7-2006)

Registro de la Propiedad de Reinosa

REGISTRADOR SUSTITUTO. CALIFICACIÓN REGISTRAL: FORMA.

Instada la intervención del Registrador sustituto y reformada por éste la calificación inicial en cuanto a uno de los dos defectos apreciados, habiendo

sido subsanado además el otro defecto por escritura de rectificación, no cabe ahora que la Registradora sustituida se oponga a la inscripción, sino que habrá de practicarse ésta en virtud del texto que al efecto remita el Registrador sustituto. La nota de calificación ha de contener la fundamentación jurídica completa de los defectos observados, sin que sea el informe emitido en el recurso el trámite adecuado para suplir esa insuficiente motivación.

Resolución de 14-6-2006

(BOE 20-7-2006)

Registro de la Propiedad de Guardamar del Segura

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD. CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEC 1/2000, DE 7 DE ENERO.

Frente al criterio aislado de la Resolución de 21 de julio de 2005, la Dirección General retorna a la doctrina sentada en la Instrucción de 12 de diciembre de 2000, luego recogida en diferentes Resoluciones, anteriores y posteriores a la ya citada de 21 de julio de 2005. De esta forma se confirma la nota de calificación del Registrador por la que éste se había opuesto a la solicitud de cancelación por caducidad de una anotación de embargo que constaba prorrogada con anterioridad a la entrada en vigor de la actual LEC. Se sostiene la plena aplicación del artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario y se exige para poder cancelar por caducidad la referida anotación que se acredite que han transcurrido seis meses desde que haya recaído resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento del que dimana la anotación.

Resolución de 15-6-2006

(BOE 20-7-2006)

Registro de la Propiedad de Vera

INMATRICULACIÓN. INSCRIPCIÓN DE EXCESOS DE CABIDA. IDENTIDAD DE LA FINCA. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Solicitada la inmatriculación de dos fincas y la inscripción de un exceso de cabida en otra, y planteando el Registrador dudas fundadas acerca de la identidad de esas fincas y su posible coincidencia con otras registrales, no procede dilucidar la cuestión a través de un recurso gubernativo, sino por medio de la intervención judicial, en los términos establecidos en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 16-6-2006

(BOE 10-7-2006)

Registro de la Propiedad de Palamós

PROPIEDAD HORIZONTAL. CONJUNTOS INMOBILIARIOS. PARCELACIONES URBANÍSTICAS: NECESIDAD DE LICENCIA.

Tanto la regulación legal como la doctrina de la Dirección General son claramente flexibles a la hora de admitir distintas posibilidades de configuración de los conjuntos inmobiliarios. Esta posición favorable a la autonomía organizativa de los cotitulares ha de entenderse sin perjuicio de la distinción entre los supuestos en los que se mantiene la unidad de parcela, y aquellos otros en los que se da de hecho un fraccionamiento del terreno que con arreglo a la normativa urbanística pudiera estar sujeto a licencia de parcelación.

Resolución de 22-6-2006

(BOE 20-7-2006)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 9

SOCIEDAD DE GANANCIALES. APORTACIONES DE BIENES PRIVATIVOS. ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURÍDICO: CAUSA. SIMULACIÓN.

La amplia libertad de decisión que el principio de autonomía de voluntad confiere a los cónyuges respecto a la configuración del patrimonio ganancial implica que la apreciación del elemento causal, que necesariamente ha de estar presente en el negocio de aportación de bienes privativos a dicha sociedad de gananciales, debe hacerse de forma que, salvo pacto en contrario, se presuma que el desplazamiento patrimonial derivado de la convención de ganancialidad da lugar al correspondiente reembolso previsto en el artículo 1.358 del Código Civil. De esta forma, se estima suficiente, a estos efectos, la expresión «reconoce a los efectos del artículo 1.355 del Código Civil la ganancialidad de la misma». La determinación acerca de la concurrencia de un eventual supuesto de fraude o simulación comercial escapa del ámbito de la calificación registral.

Resolución de 23-6-2006

(BOE 24-7-2006)

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

El recurso gubernativo no es cauce adecuado para discutir la procedencia y validez de asientos registrales ya practicados, dado que éstos se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales, sin que puedan ser rectificadas sino por medio de los procedimientos previstos al efecto en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 26-6-2006

(BOE 19-7-2006)

Registro de la Propiedad de Jaén, número 3

APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO: NATURALEZA. PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL.

El aprovechamiento urbanístico es un bien jurídico de contenido patrimonial actual e independiente, y no un mero derecho expectante, siendo susceptible de transmisión aislada al margen de su eventual ligazón a un suelo determinado. La calificación registral, por imperativo del principio de prioridad, ha de ceñirse a los documentos presentados al tiempo de acceder al Registro el título calificado.

Resolución de 27-6-2006

(BOE 25-8-2006)

Registro de la Propiedad de Villafranca del Penedés

OBRA NUEVA: DESCRIPCIÓN. SERVIDUMBRES: CONSTITUCIÓN. MENCIONES. RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR: COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL.

Si la cuestión suscitada tiene por objeto la aplicación de normas meramente registrales, y no de Derecho Civil propio de una comunidad autónoma, la competencia para resolver el recurso corresponde claramente a la Dirección General, sin que corresponda al Registrador recurrido tomar decisión alguna sobre tal cuestión de competencia, debiéndose limitar a remitir el expediente a este Centro Directivo y, en su caso, hacer las alegaciones oportunas al respecto en el informe. La expresión «vivienda entre medianeras», habitualmente utilizada al describir este tipo de edificaciones, no puede entenderse como la voluntad de constituir una servidumbre de esta naturaleza, ni tampoco como la pretensión de que acceda al Registro una mención de un derecho real susceptible de inscripción separada y especial, sino como un mero dato descriptivo sin mayor trascendencia jurídica.

Resolución de 28-6-2006

(BOE 24-7-2006)

Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número 2

PROHIBICIONES DE DISPONER: EFECTOS. DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO: NATURALEZA.

La disolución de un condominio sobre una finca con adjudicación de la misma a uno de los condueños tiene naturaleza discutida, cuestionándose la doctrina si se le da la consideración de un acto dispositivo o si, por el contrario, es meramente declarativo, especificativo o particional. En cualquier caso, existiendo inscrita una prohibición de disponer ordenada judicialmente, no puede acceder al Registro la referida disolución de comunidad porque cabe que provoque un perjuicio y frustre la expectativa procesal del actor que solicitó la correspondiente medida cautelar. Distinta sería la solución si la prohibición de disponer tuviera su origen en un acto voluntario (testamentario o convencional), ya que en este caso no se vulneraría la finalidad de dicha prohibición puesto que la finca seguiría afectada por la misma.

Resoluciones de 29 y 30-6-2006
(BOE 19 y 25-7-2006)
Registro de la Propiedad de Cebreros

CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.

Para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión de dos fincas que una sociedad hace a favor de otra con ocasión de la celebración de un contrato de cuentas en participación, no es en absoluto necesario acreditar una previa toma de razón de dicho contrato en el Registro Mercantil, por cuanto este contrato se caracteriza por no crear una nueva persona jurídica, ni generar un patrimonio común ni provocar, por tanto, cambio alguno en el capital o en la organización societaria de la entidad adquirente, la cual operará en su propio nombre con los terceros.

Resolución de 1-7-2006
(BOE 25-8-2006)
Registro de la Propiedad de Berja

EXCESOS DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. CERTIFICACIÓN CATASTRAL. FINCA.

No cabe inscribir un exceso de cabida en una finca en la que concurren una serie de circunstancias, tales como el hecho de que la misma proceda de una división material, que no haya una coincidencia entre los linderos que figuran en el Registro y los que aparecen en la certificación catastral, siendo alguno de aquellos linderos de carácter fijo, o la propia magnitud del exceso, circunstancias todas ellas que fundamentan razonablemente la duda que sostiene el Registrador respecto a la identidad de la finca. Se recuerda, una vez más, que la inscripción de un exceso de cabida no puede ser otra cosa que la constatación registral de la verdadera superficie de una finca registral que al inmatricularse no fue correctamente medida, debiendo ser indubitado que tal rectificación de cabida no altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral de la finca.

Resolución de 3-7-2006
(BOE 25-7-2006)
Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. ANOTACIÓN DE QUERRELLA.

Es posible practicar anotación preventiva de demanda en virtud del mandamiento expedido por el Juzgado en que se ha presentado una denuncia por estafa, siempre que resulte de la documentación aportada que la sentencia que se dicte en el futuro pudiera acordar, en el marco de las consecuencias civiles que han de soportar los denunciados, alguna de trascendencia real susceptible de ser reflejada en el Registro.

Resolución de 4-7-2006
(BOE 25-7-2006)

Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 2

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Hallándose ya practicada una inscripción en el Registro, no es posible dar cumplimiento a la orden contenida en un mandamiento judicial respecto a la prohibición de inscribir el título que ha causado la citada inscripción, en aplicación del artículo 432.1, letra *d*), del Reglamento Hipotecario, dado que el asiento se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Resolución de 5-7-2006
(BOE 25-8-2006)

Registro de la Propiedad de Albacete, número 2

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. HERENCIA YACENTE. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

Obtenida una sentencia en un procedimiento seguido contra la herencia yacente integrada por los desconocidos herederos de una persona fallecida y pretendiéndose la anotación de un embargo trabado en ejecución de dicha sentencia sobre una finca que aparece inscrita a nombre de la única heredera de aquel causante, entiende la Dirección General que al no haberse adoptado las medidas cautelares previstas en la LEC para este tipo de situaciones, especialmente el nombramiento de un administrador que represente los intereses de esos ignorados herederos, no se ha enablado correctamente el tracto sucesivo al no haber tenido el titular registral o sus herederos la posibilidad de intervenir oportunamente en el procedimiento. Se trata de un caso de inadecuación de la resolución recaída con el procedimiento en el que se ha dictado, cuestión susceptible de calificación conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 5-7-2006
(BOE 25-8-2006)

Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 3

SUSPENSIÓN DE PAGOS. CALIFICACIÓN REGISTRAL. DOCUMENTO AUTÉNTICO. DOCUMENTOS JUDICIALES: FIRMEZA.

Existiendo en el Registro una anotación preventiva de declaración de suspensión de pagos resulta imprescindible la prestación de consentimiento de los interventores a los actos dispositivos realizados por la sociedad suspensa para su pertinente acceso al Registro, mientras no se presente e inscriba el testimonio del auto que ponga fin al procedimiento. No cabe admitir a estos efectos una mera fotocopia, dado que no es un documento auténtico a los efectos del artículo 3 de la LH. En el testimonio auténtico ha de constar expresamente la firmeza del auto. El Registrador ha de calificar atendiendo al contenido del Registro.

Resolución de 5-7-2006

(BOE 25-8-2006)

Registro de la Propiedad de Mora de Rubielos

EXCESOS DE CABIDA. MONTES.

Colindando la finca respecto de la que se pretende declarar un exceso de cabida con un monte público, y emitido informe desfavorable por la autoridad administrativa, de acuerdo con la letra del artículo 22 de la Ley de Montes, procede suspender la inscripción de tal exceso.

Resolución de 6-7-2006

(BOE 29-7-2006)

Registro de la Propiedad de Medio Cudeyo-Solares

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. CAUSA. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

No es posible inscribir una escritura por la que se rectifica otra, otorgada ocho años antes, y en cuya virtud se pretende constatar que quien en su momento intervino como adquirente de una participación de nuda propiedad, en realidad no debió intervenir porque no adquirió derecho alguno. La apariencia legitimadora que genera la titularidad inscrita no cabe volatilarla por esta mera declaración, sin expresar la causa jurídica, onerosa o gratuita, que provoca el desplazamiento patrimonial sin duda encubierto en esta operación.

Resolución de 6-7-2006

(BOE 24-8-2006)

Registro de la Propiedad de Roses, número 1

REPRESENTACIÓN INDIRECTA: EFECTOS. CAUSA. AUTOCONTRATACIÓN.

Planteado el controvertido asunto del alcance y efectos de la representación indirecta, la Dirección General se inclina abiertamente por la orientación doctrinal más moderna, y sostiene la posibilidad de que los efectos del negocio celebrado por el representante con un tercero se produzcan directamente con el representado, sin necesidad de un acto traslativo posterior del representante a su favor. Para ello será bastante la declaración suficientemente justificada que hagan las partes, reconociendo la relación representativa preexistente. Todo lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la pertinente protección de los terceros de buena fe que hayan confiado en la titularidad aparente del gestor durante el tiempo en que ha permanecido oculta la verdadera titularidad del representado. Por lo demás confirma el Centro Directivo la existencia de autocontratación prohibida en el caso de que una misma persona represente a vendedor y comprador.

Resolución de 6-7-2006

(BOE 25-8-2006)

Registro de la Propiedad de San Javier, número 1

REPRESENTACIÓN INDIRECTA: EFECTOS. RECONOCIMIENTO DE DOMINIO. CAUSA.

Planteado el controvertido asunto del alcance y efectos de la representación indirecta, la Dirección General se inclina abiertamente por la orientación doctrinal más moderna, y sostiene la posibilidad de que los efectos del negocio celebrado por el representante con un tercero se produzcan directamente con el representado, sin necesidad de un acto traslativo posterior del representante a su favor. Para ello será bastante la declaración suficientemente justificada que hagan las partes, reconociendo la relación representativa preexistente. Todo lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la pertinente protección de los terceros de buena fe que hayan confiado en la titularidad aparente del gestor durante el tiempo en que ha permanecido oculta la verdadera titularidad del representado. El reconocimiento de dominio, cuando esté debidamente casualizado (como ocurre en el caso de que se acredite la previa relación representativa), puede acceder al Registro.

Resolución de 7-7-2006

(BOE 26-8-2006)

Registro de la Propiedad de Mijas, número 2

RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EXTRANJERO: DETERMINACIÓN.

De acuerdo con la doctrina ya sentada en anteriores Resoluciones, se señala que cuando se trata de adquisiciones realizadas por cónyuges extranjeros no es necesario la especificación de las cuotas que en cada uno de ellos adquiere el bien cuando están sujetos a un régimen de comunidad, sino que basta con expresar que lo hacen con sujeción a su régimen económico-matrimonial.

Resolución de 7-7-2006

(BOE 28-8-2006)

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 12

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACIÓN DE TRACTO INTERRUMPIDO. EXCESOS DE CABIDA. INMATRICULACIÓN. CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

En un expediente de dominio para reanudar el tracto interrumpido no cabe oponer por el Registrador dudas acerca de la identidad, aunque se modifique la cabida y linderos de la misma. Tampoco cabe alegar contradicciones aparentes con los datos derivados de la certificación catastral para inscribir el expediente de dominio de declaración de exceso de cabida. Sin embargo no puede inmatricularse una finca con base en un auto dictado en expediente de dominio que describe la misma sin ajustarse plenamente a la superficie catastral.

Resolución de 7-7-2006

(BOE 30-8-2006)

Registro de la Propiedad de Piedrahíta

RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL: INADMISIÓN.

Procede la inadmisión del recurso presentado si el recurrente, después de ser correctamente requerido para ello, no aporta la documentación en su momento calificada, original o testimonio notarial o judicial, en los términos previstos en los artículos 325.a) y 327 de la LH.

Resoluciones de 8(2)-7, 9(3)-8-2006
(BOE 28, 29 y 31-8-2006)
Registro de la Propiedad de Jávea

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EXTRANJERO.

Apareciendo la finca inscrita a nombre de dos cónyuges en proindiviso, sin especificación de cuota, casados en régimen de comunidad de un Derecho extranjero, a menos que se acredite que tal ordenamiento prevé otra cosa al respecto, no cabe anotar un embargo trabado sobre la mitad indivisa de la finca en un procedimiento dirigido sólo contra uno de los esposos y en el que se ha notificado al otro. Es imprescindible que dicho procedimiento se entable contra ambos.

Resolución de 8-7-2006
(BOE 28-8-2006)
Registro de la Propiedad de Pravia

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE DEMANDA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

No cabe practicar anotación preventiva de una demanda cuyo objeto es la reclamación de una cantidad de dinero porque la resolución judicial que puede provocar no producirá ninguna alteración registral. Además, si la finca está inscrita a nombre de persona distinta de aquella contra la que se sigue el procedimiento, procede la denegación por imperativo de postprincipios de legitimación y tracto sucesivo, siendo un claro obstáculo derivado del Registro que es susceptible de calificación por el Registrador.

Resolución de 10-7-2006
(BOE 25-8-2006)
Registro de la Propiedad de Sacedón

RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR: PLAZO.

Habiendo pasado más de un mes desde la notificación de la calificación negativa cuando se presenta el recurso ante la Dirección General procede inadmitirlo por extemporáneo.

Resolución de 17-7-2006
(BOE 25-8-2006)

Registro de la Propiedad de Burgos, número 4

SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*. SUCESIÓN INTESTADA: ACTA DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS. LEGÍTIMA CÓNYUGE VIUDO.

La declaración de herederos ha de estar referida al momento del fallecimiento del causante. Por tanto es correcto hacer en el acta de declaración de herederos de una persona la mención a la reserva de los derechos legitimarios de su cónyuge, aunque éste se halle ya fallecido a la fecha del acta, si estaba vivo en el momento de la muerte del causante.

Resolución de 20-7-2006
(BOE 25-8-2006)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 12

PRINCIPIO DE ROGACIÓN: IDENTIDAD DEL SOLICITANTE. CANCELACIÓN DE CARGAS. CADUCIDAD. CANCELACIÓN DE USUFRUCTO.

La cancelación de cargas caducadas conforme al artículo 82 de la LH, así como la constancia registral de la extinción de un usufructo por fallecimiento del titular, requieren que se haga la pertinente solicitud al Registrador en aplicación del principio de rogación. Y es evidente que sólo se cumple satisfactoriamente con tal principio hipotecario si se acredita la identidad del solicitante mediante la legitimación notarial de la firma o por haberse extendido ésta en presencia del Registrador.

Resolución de 11-8-2006
(BOE 31-8-2006)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 27

LEGADOS DE CANTIDAD. HERENCIA: PARTICIÓN.

Habiéndose inscrito en su momento una finca a favor de un legatario en virtud de escritura otorgada al efecto por el contador partidor, solicitan ahora los hermanos del dicho legatario se haga constar en el Registro el contenido de la cláusula testamentaria por la que se imponía al citado legatario la obligación de pagar a sus hermanos unas sumas de dinero. Entiende la Dirección General que dicha obligación no puede considerarse ni una condición que limite la adquisición del legatario, ni tampoco cabe darle alcance o eficacia *erga omnes*, sino que debe considerarse un legado de cantidad impuesto por el testador al legatario de la finca, y que como tal legado de cantidad sólo puede tener reflejo registral a través de la anotación preventiva establecida en la LH.

Resolución de 11-8-2006
(BOE 31-8-2006)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO. EXPEDIENTE DE DOMINIO: TRÁMITES.

Tratándose de un expediente de dominio para reanudar el tracto interrumpido, y siendo la última inscripción de titularidad de una antigüedad inferior a treinta años, basta que del auto judicial resulte que los causahabientes del titular registral (que se dice ha fallecido) han sido citados tres veces, una de ellas al menos personalmente, sin que pueda exigir el Registrador la acreditación de que tales citaciones se han verificado realmente ni que en efecto son esos los verdaderos causahabientes de dicho titular registral.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 3-5-2006
(BOE 2-6-2006)
Registro Mercantil de Madrid, número XVI

CUENTAS. ANUNCIOS DE CONVOCATORIA.

Los anuncios de convocatoria de junta de aprobación de cuentas de una sociedad en liquidación deben cumplir los requisitos relativos al derecho de información del artículo 212 LSA.

Debe indicarse en la certificación si la junta se celebró en primera o segunda convocatoria.

Resolución de 4-5-2006
(BOE 2-6-2006)
Registro Mercantil de Málaga, número I

ADMINISTRADOR. DURACIÓN.

Inscrito el nombramiento de un administrador por cinco años y estando vigente, se modifican los estatutos estableciendo la duración indefinida del cargo. Ello no puede suponer una prórroga tácita de su anterior nombramiento que caducará cuando se cumplan los cinco años. Será necesario proceder a un nuevo nombramiento para que sea indefinido.

Resolución de 19-5-2006
(BOE 22-6-2006)
Registro Mercantil de Madrid, número XVII

SOCIEDAD ANÓNIMA. JUNTA GENERAL: QUÓRUM DE ASISTENCIA.

Para determinar el *quórum* de asistencia a la junta, no puede tenerse en cuenta el número de socios que, aun concurriendo al inicio de la reunión, se

ausentan antes de que el presidente declare la validez de la constitución de aquélla.

Resolución de 20-6-2006
(BOE 22-6-2006)

Registro Mercantil de Madrid, número IX

SOCIEDAD LIMITADA. UNIPERSONALIDAD.

Es inscribible una escritura de transmisión de participaciones sociales en la que se declara el cambio de socio único como consecuencia de tal transmisión, y en la que el administrador compareciente manifiesta su compromiso de hacer constar tal cambio en el libro registro de socios.

Resolución de 10-7-2006
(BOE 30-8-2006)

Registro Mercantil de A Coruña

RECURSO GUBERNATIVO. LEGITIMACIÓN.

Sólo tiene legitimación para interponerlo quien ostente en nombre propio un interés jurídico de sustantivo en la extensión del asiento. No es el procedimiento adecuado para resolver contiendas entre partes sobre la validez o nulidad de los actos cuya inscripción se ha solicitado y practicado.

Resolución de 14-7-2006
(BOE 25-8-2006)

Registro Mercantil de Valencia, número IV

OBJETO SOCIAL. CALIFICACIÓN. REGISTROS EN DIVISIÓN PERSONAL.

En caso de Registros en régimen de división personal, el Registrador ha de poner su calificación en conocimiento de los restantes titulares del mismo sector, según el convenio de distribución de materias existente en el Registro, de modo que, si alguno entiende procedente la inscripción, la practique bajo su responsabilidad. El incumplimiento de esta obligación puede motivar la apertura de expediente disciplinario.

La expresión «servicios sociales de todo tipo» no resulta indeterminada, pues acota suficientemente el sector de la realidad económica en que se pretende desarrollar la actividad social de la compañía.

Resolución de 17-7-2006
(BOE 26-8-2006)

Registro Mercantil de Valencia, número IV

CALIFICACIÓN. ERROR EN LA ESCRITURA.

El hecho de no coincidir exactamente la denominación social que consta en los estatutos contenidos en la escritura con la que figura en la certificación de denominación, no implica que deba rechazarse la inscripción si de la simple lectura del documento presentado puede determinarse cuál es el dato erróneo y cuál el verdadero.

En caso de Registros en régimen de división personal, el Registrador ha de poner su calificación en conocimiento de los restantes titulares del mismo sector, según el convenio de distribución de materias existente en el Registro, de modo que, si alguno entiende procedente la inscripción, la practique bajo su responsabilidad. El incumplimiento de esta obligación puede motivar la apertura de expediente disciplinario.

Resolución de 18-7-2006

(BOE 25-8-2006)

Registro Mercantil de Valencia, número III

PODER. FACULTADES. AUTOCONTRATACIÓN.

La facultad de «rendir cuentas» conferida en el poder no ha de entenderse referida a la de rendir cuentas ante la sociedad que ostenta el órgano de administración con carácter indelegable, sino a la de rendirlas en nombre de la sociedad ante terceros.

El administrador no puede facultar al apoderado para autocontratar.

En caso de Registros en régimen de división personal, el Registrador ha de poner su calificación en conocimiento de los restantes titulares del mismo sector, según el convenio de distribución de materias existente en el Registro, de modo que, si alguno entiende procedente la inscripción, la practique bajo su responsabilidad. El incumplimiento de esta obligación puede motivar la apertura de expediente disciplinario.

Resolución de 19-7-2006

(BOE 24-8-2006)

Registro Mercantil de Valencia, número II

ADMINISTRADOR. DOMICILIO. INDETERMINACIÓN.

Al no coincidir el domicilio del administrador que figura en la comparencia con el que se expresa en la certificación del acuerdo incorporada, debe subsanarse este defecto, pues no corresponde al Registrador decidir cuál es el correcto.

Reitera doctrina en lo relativo a Registros en régimen de división personal de Resolución 14-7-2006.

Resolución de 19-7-2006

(BOE 25-8-2006)

Registro Mercantil de Toledo

CALIFICACIÓN. ERRORES EN LA ESCRITURA.

El hecho de no coincidir exactamente la denominación social que consta en los estatutos contenidos en la escritura con la que figura en la certificación de denominación no implica que deba rechazarse la inscripción si de la simple lectura del documento presentado puede determinarse cuál es el dato erróneo y cuál el verdadero.

En caso de Registros en régimen de división personal, el Registrador ha de poner su calificación en conocimiento de los restantes titulares del mismo sector, según el convenio de distribución de materias existente en el Registro, de modo que, si alguno entiende procedente la inscripción, la practique bajo su responsabilidad. El incumplimiento de esta obligación puede motivar la apertura de expediente disciplinario.

Resolución de 20-7-2006

(BOE 24-8-2006)

Registro Mercantil de Valencia, número III

ADMINISTRADOR. CALIFICACIÓN. REGISTROS EN DIVISIÓN PERSONAL.

Si los estatutos requieren que el administrador designado sea socio, debe manifestarse en el título presentado que ostenta tal condición.

Reitera doctrina en lo relativo a Registros en régimen de división personal de Resolución 14-7-2006.

Resolución de 21-7-2006

(BOE 24-8-2006)

Registro Mercantil de Madrid, número XIV

ADMINISTRADOR. TRACTO.

Para inscribir actos otorgados por el administrador es necesaria la previa inscripción de su nombramiento.

Resolución de 25-7-2006

(BOE 25-8-2006)

Registro Mercantil de Valencia, número IV

CONSTITUCIÓN. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES.

A pesar de lo dispuesto en el artículo 38 del RRM, la identificación de una persona física española puede hacerse no sólo por el DNI, sino también por su pasaporte.

Reitera doctrina en lo relativo a Registros en régimen de división personal de Resolución 14-7-2006.

Resolución de 26-7-2006

(BOE 28-8-2006)

Registro Mercantil de Valencia, número II

ADMINISTRADOR. FACULTADES.

No procede inscribir la modificación de un artículo estatutario que únicamente contiene la enumeración de facultades del administrador.

Reitera doctrina en lo relativo a Registros en régimen de división personal de Resolución 14-7-2006.

Resolución de 27-7-2006

(BOE 24-8-2006)

Registro Mercantil de Madrid, número VI

RECURSO GUBERNATIVO. CIERRE REGISTRAL.

No es inscribible el cambio de denominación de una sucursal al existir cierre registral por falta de depósito de cuentas.

En el recurso no pueden tenerse en cuenta documentos no presentados al tiempo de formularse la calificación.

Reitera doctrina en lo relativo a Registros en régimen de división personal de Resolución 14-7-2006.

Registro Mercantil Central

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 31-7- 2006

(BOE 28-8-2006)

Registro Mercantil Central, número I

DENOMINACIÓN. IDENTIDAD.

No existe posibilidad de confusión, ni notoria ni socialmente, entre las denominaciones «Corporación de Radio y Televisión Española, S. A.» y «Compañía Española de Televisión y Radio, S. A.».

ANÁLISIS CRÍTICO
DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

DOMICILIO CIVIL, DOMICILIO CONSTITUCIONAL Y MEDIO AMBIENTE.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. DOMICILIO: CONCEPTO Y REQUISITOS

El concepto establecido por el Código Civil del domicilio sirve para que la persona ejerza sus derechos y cumpla sus obligaciones en un lugar concreto. Se utiliza, pues, para la determinación objetiva de la localización del sujeto, independientemente del lugar en que se halle en cada momento (1). Del precepto ha inferido la doctrina que el domicilio es la sede jurídica de la persona.

El artículo 40 del Código contiene un concepto civil de domicilio, que vale también para todas las materias que se rijan por leyes especiales en defecto de normas sobre el domicilio, en base a la consideración de derecho común que tiene el Derecho Civil (art. 4.3 del Código Civil).

Tal y como establece el precepto legal, *se considera domicilio, al lugar de la residencia habitual de las personas naturales*. Pero ¿en qué consiste la habitualidad? La habitualidad no equivale a una residencia prolongada durante un espacio de tiempo, de modo que una persona recién trasladada a otro lugar necesitaría un lapso de tiempo para obtener su domicilio, lo cual no resulta coherente con la conciencia social (2).

(1) «Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero, que gocen del derecho de extraterritorialidad, será el último que hubieren tenido en territorio español».

(2) En relación con el domicilio, el tema de la residencia habitual es el que más se ha estudiado, y como se puede comprobar por las sentencias que a continuación detallamos, ha evolucionado de manera considerable durante todo el siglo xx:

Como puede observarse, se ha diferenciado por la jurisprudencia el domicilio del término *residencia*, que aparece con frecuencia en el Código aunque no se le define (arts. 14.5, 15, 21, 26...). La residencia es la simple estancia de la persona sin el calificativo de habitual, que también debe distinguirse de *paradero*, que simplemente es el lugar donde se encuentra una persona (3).

Así, la sentencia de 13 de julio de 1996 establece que el domicilio es el lugar en que se *reside con habitualidad*, lo que materializa la voluntad de permanencia en determinado lugar.

La sentencia de 21 de abril de 1972 señala que no basta la presencia física de una persona en determinado lugar, hace falta además la *residencia habitual*, con intención de permanecer más o menos indefinidamente (*animus manendi*).

Residencia y domicilio son términos distintos, ya que aquélla requiere *habitualidad* para ser base del concepto jurídico de domicilio real (STS de 23 de septiembre de 1970).

La sentencia de 10 de junio de 1966 señala que «lo decisivo para confirmar el domicilio es la *residencia habitual*, con absoluta independencia del empadronamiento o demás exigencias de orden administrativo, igualmente es independiente de los conceptos canónicos de parroquia y de feligrés».

La *residencia habitual* supone no la permanencia más o menos larga e interrumpida en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse la persona efectiva y verdaderamente en un lugar (sentencias de 18 de septiembre de 1947 y 25 de septiembre de 1954).

Es residencia habitual de una persona la localidad a donde la misma traslada su casa y familia para ejercer en ella su profesión u oficio por tiempo determinado, dejando su domicilio anterior (STS de 20 de noviembre de 1906, en análogo sentido la STS de 3 de diciembre de 1955).

(3) El figurar inscrito en un padrón vecinal no afecta al concepto de domicilio definido por las leyes civiles (STS de 18 de septiembre de 1947).

Sólo deben merecer el calificativo de principios de prueba las certificaciones del censo de población, censo electoral y padrón de habitantes (STS de 15 de noviembre de 1991).

El domicilio es importante a los efectos de notificaciones, y consiguientemente resulta de gran trascendencia en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva el correcto emplazamiento de las partes.

STC 12/2000, de 17 de enero de 2000, trata de resolver *si el emplazamiento edictal del recurrente supuso la infracción de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva*. Tanto el demandante de amparo como el Ministerio Fiscal coinciden en la afirmación de que el Juzgado de Primera Instancia no desplegó la actividad razonablemente exigible para determinar el paradero de aquél, siendo así que una simple consulta al Ayuntamiento habría facilitado la dirección en la que se encuentra empadronado desde 1968 y en la actualidad. El actor civil, por el contrario, sostiene que el Juzgado actuó con la diligencia debida y que habría resultado infructuosa la consulta al Ayuntamiento, toda vez que el demandante de amparo *no tiene fijado su verdadero domicilio en la dirección registrada en el padrón municipal, sino en otra provincia*. El TS concluyó en que el propio recurrente dio pie a que su emplazamiento personal se erigiera en una dificultad, cuya superación no puede pretender ahora que debió ser alcanzada por medio de una mayor diligencia del Juzgado, de ahí que se desestimara su amparo.

STC 245/2006, de 24 de julio de 2006, entiende que recae sobre el órgano judicial no sólo el deber de velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación, sino también el de asegurarse de que dichos actos sirven a su propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso. Ello comporta, en lo posible, la exigencia del emplazamiento personal de los afectados y, desde otra perspectiva, la limitación del empleo de la notificación edictal a aquellos supuestos en los que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero (así lo venimos declarando desde la STC 9/1981 de 31 de marzo).

II. CLASES

Dentro del estudio del concepto civil de domicilio podemos diferenciar entre el domicilio de las personas casadas (al que se refiere el art. 70 del Código Civil); el domicilio de los menores e incapacitados (arts. 154, 156 y 159 del Código Civil), el domicilio electivo, la pluralidad de domicilios, el domicilio de las personas jurídicas (art. 41 del Código Civil).

El domicilio de las personas casadas es el domicilio conyugal que deben fijar ambas de mutuo acuerdo (art. 70 del Código Civil), pues en caso contrario resolverá el juez teniendo en cuenta el interés familiar. Evidentemente no se exige un acuerdo formal, basta el acuerdo tácito. Incluso el artículo 69 del Código Civil establece una presunción, salvo prueba en contrario, de que los cónyuges viven juntos, es decir, tienen el mismo domicilio, que es el conyugal (4).

El domicilio de los menores sujetos a patria potestad será el de sus padres con los que conviven, y si convivieren con uno de ellos será el de éste. Y el del incapacitado será el del tutor o curador si la guarda se extendiere a su persona.

El domicilio electivo es la sede que la persona fija para todos o algunos de los efectos de un acto o negocio jurídico, es en realidad un domicilio ficticio creado para determinados fines (5).

El Código también recoge la posibilidad de que las personas jurídicas tengan un domicilio en el artículo 41. Precepto que es subsidiario, pues ha de estarse, en primer lugar, a la legislación relativa a las mismas según su naturaleza legal (6).

Distinta clase de domicilio lo constituyen los dormitorios hoteleros, pues recientemente una STS de 16 de mayo de 2003 (Sala de lo Civil), señala que reúnen tal condición, pues, aunque sea de forma temporal, en dichas dependencias desarrollan las personas actividades inherentes a su intimidad y personalidad, como si se tratase de sus propios domicilios, al corresponder a espacios exclusivos y excluyentes para los demás, con lo cual, si las habitaciones resultan residencias privadas, con equivalencia al domicilio en el ámbito penal, ninguna razón, ni lógica ni jurídica, impide considerarlas así a efectos civiles, hasta el punto de que son aptas para recibir actos de comunicación procesal sin dejar de lado que la privacidad de los dormitorios hoteleros no

Por ello, la modalidad del emplazamiento edictal, aun siendo válida constitucionalmente, exige, por su condición, el último remedio de comunicación... y así... cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la *existencia de un domicilio que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado, debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos* (entre otras muchas, y por citar sólo alguna de las más recientes, SSTC 40/2005, de 28 de febrero, FJ 2, y 293/2005, de 21 de noviembre, FJ 2).

(4) El domicilio de los cónyuges separados de hecho convencionalmente es el lugar de su residencia habitual (STS de 2 de junio de 1981).

Cuando el conocimiento expreso o tácito del marido la mujer reside habitualmente en otro lugar, tal domicilio es entonces el que ha de reconocerse como suyo para todos los efectos legales (STS de 20 de febrero de 1945, que califica esta doctrina de jurisprudencia de la Sala).

(5) El domicilio electivo no está prohibido por el artículo 40 del Código Civil y es vinculante jurídicamente en la relación jurídica concreta en el que se estipuló. STS de 30 de enero de 1933.

(6) STC 137/1985, de 17 de octubre, interpretó que la inviolabilidad del domicilio que protege el artículo 18.2 CE comprende también el de las personas jurídicas.

deja de tener trascendencia en la defensa de los derechos constitucionales a la intimidad y a la propia imagen (FJ 2.º).

III. EL DOMICILIO A EFECTOS CONSTITUCIONALES

La Constitución de 1978 garantiza la inviolabilidad del domicilio en el artículo 18.2, añadiendo que no se podrá hacer ninguna entrada en el domicilio o registro del mismo sin el consentimiento de su titular, o resolución judicial salvo en caso de flagrante delito. Es lo que se conceptúa como domicilio a efectos constitucionales.

Hay pues una discrepancia entre el domicilio del artículo 40 del Código Civil y el del 18 CE, pues la esencia del domicilio a efectos constitucionales es su consideración en cuanto a morada de las personas físicas y reducto de su intimidad, es el espacio donde el sujeto vive (SSTC de 23 de febrero de 1995, 26 de abril de 1999 y 27 de noviembre de 2000, y STS de 24 de septiembre de 2002).

IV. DOMICILIO CONSTITUCIONAL Y MEDIO AMBIENTE: CUESTIONES

El ejercicio del derecho a la intimidad dentro del domicilio y su entorno consiste en ser un ámbito inmune frente a las agresiones perturbadoras del exterior. Agresiones que no exigen el deber específico de soportarlas, entre las que se encuentran los ruidos desahorados y persistentes, aunque estos procedan en principio del desarrollo de actividades lícitas que dejan de serlo cuando se traspasan determinados límites.

Ya la STC de 24 de mayo de 2001 (119/2001) estableció que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida. El libre desarrollo de la personalidad queda afectado por la saturación acústica, que atenta contra la intimidad personal y familiar tanto dentro como fuera del domicilio (7).

La STS (Sala de lo Civil) de 29 de abril de 2003 (431/2003) entendió que son particularmente exigibles los derechos fundamentales que como el de la intimidad, obliga a caracterizarlos desde la perspectiva de los actos concretos que inciden en su contenido o núcleo esencial (8).

(7) Esta sentencia constitucional invoca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reflejadas en las sentencias de 21 de noviembre de 1990 (caso Powel y Rayner contra el Reino Unido), la de 9 de febrero de 1994 (caso López Ostra contra el Reino de España), y la de 19 de febrero de 1998 (caso Guerra y otros contra Italia).

(8) Su Fundamento Jurídico quinto declaró que estaba de acuerdo con la sentencia de instancia «al calificar el caso como una vulneración del derecho fundamental previsto en el artículo 18 de la Constitución, relativo a la intimidad e inviolabilidad del domicilio, con arreglo a la interpretación mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 8-1 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950,

En el mismo sentido, la STS (Sala Contencioso-Administrativa) de 29 de mayo de 2003, recoge en su Fundamento de Derecho cuarto como la más reciente doctrina jurisprudencial sobre la protección que ha de dispensarse con fundamento en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y uno de cuyos elementos más significativos es el de tutelar también el espacio físico domiciliario frente a los atentados medioambientales que dificultan gravemente su normal disfrute (9).

V. CONCLUSIONES

El domicilio inviolable se identifica con el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima, por lo que es objeto específico de protección en este derecho fundamental tanto el espacio físico del domicilio, como lo que hay en él de emanación de la persona que lo habita.

La CE consagra derechos reales y efectivos, de ahí que se proteja este derecho fundamental no sólo frente a las injerencias de terceras personas sino también frente a los riesgos que surjan en una sociedad tecnológicamente avanzada.

El ruido como agente perturbador de la calidad de vida de los ciudadanos, u otros daños ambientales, aunque no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar privándola del disfrute de su domicilio.

Por consiguiente, el derecho fundamental a la vida personal y familiar en el ámbito domiciliario debe protegerse frente a una exposición prolongada a determinados niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, en la medida que impidan o dificulten gravemente el libre

sobre "Protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales", que sanciona el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia; así, la sentencia de 9 de diciembre de 1994, en el asunto López Ostra contra España, vino a incluir, en el núcleo de la intimidad-protección del domicilio, las intromisiones sonoras por considerar que el ruido excesivo supone una violación de los derechos fundamentales protegidos en el artículo 18 de nuestra Constitución. Por supuesto que el caso que se cita, examinado por el Tribunal Europeo, no es idéntico al actual ("depuradora" que pese al cierre parcial, prosiguió su funcionamiento con emanaciones de humos, de ruidos repetitivos y de fuertes olores), pero el núcleo de sus razonamientos, en lo que concierne a la alegada violación del artículo 8 del Convenio, favorece criterios inductivos como el realizado por la Sala de instancia; razones de analogía que, también, se extraen de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2001 (caso Halton y otros contra el Reino Unido) en supuestos de ruidos producidos por el tráfico aéreo, que incide en la violación del artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos "al no mantener un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico del país y el disfrute efectivo por los demandantes del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar". A esta tendencia doctrinal no es ajeno nuestro Tribunal Constitucional».

(9) En el Fundamento Jurídico octavo se establece que: «En las actuaciones hay abundantes pruebas que permitan formar la convicción sobre la existencia, en el período de 1991 a 1997 alegado por el recurrente, de una contaminación acústica producida por los ruidos y vibraciones de la discoteca situada en el número 20 de la calle Federico Sánchez Bedoya de Sevilla, que afectó directa y gravemente al domicilio del demandante (en el núm. 35 de la misma calle), y también de una pasividad municipal en relación a dicho problema que sólo finalizó en 1997».

desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de acciones y omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida.

RESUMEN

*EFFECTOS CONSTITUCIONALES
DEL DOMICILIO*

El reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales (inviolabilidad del domicilio, intimidad...) con tutela jurídica reforzada, ha iniciado una tendencia doctrinal y jurisprudencial a considerar las inmisiones gravemente nocivas cuando afectan a la persona, en relación con su sede o domicilio, atentados o agravios inconstitucionales a su derecho a la intimidad, al ser perturbado por dichas intrusiones medioambientales (ruidos, emanaciones nocivas...) como atentados medioambientales que dificultan gravemente el normal disfrute del domicilio.

ABSTRACT

*CONSTITUTIONAL EFFECTS
OF DOMICILE*

Constitutional acknowledgement of the fundamental rights (inviolability of one's domicile, privacy, etc.) with strengthened legal protection has set off a trend in established legal thought and case law where seriously harmful immissions that affect the person in connection with the person's seat or domicile are regarded as unconstitutional attacks or offences against the right to privacy, because the person is disturbed by said environmental interruptions (e.g. noise, harmful emanations), which seriously hamper the person's normal enjoyment of his or her domicile.

1.2. Derecho de familia

DEBERES MATRIMONIALES: MODIFICACIONES.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN

La redacción del artículo 68 del Código Civil, que determina los deberes recíprocos de convivencia y fidelidad de los esposos y deber de socorro mutuo, se ha visto modificado y ampliado tras la pasada reforma propiciada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio:

«Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo».

II. CONSIDERACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS DEBERES MATRIMONIALES

El *deber de convivencia* implica que la cohabitación es una norma de cumplimiento ineludible, que se encuentra expresada en varias disposiciones del Código Civil (arts. 68, 69 y 70). Pero es algo más que la mera cohabitación, implica tanto un *animus*, que es el aspecto moral de la convivencia que no se rompe por un alejamiento por razón de trabajo o enfermedad; como un *corpus*, que sería la convivencia física o el *ius cohabitationis* de que habla la doctrina canónica (1).

También se afirma que el matrimonio es una comunidad existencial y normalmente significa unidad de techo, de lecho y de mesa, pues sólo de ese modo la función que el matrimonio cumple se puede realizar (2).

La obligación de vivir juntos que se define en primer lugar en el artículo 68 del Código Civil es una obligación instrumental. Pero se ha entendido que no es una obligación tan absoluta que impida que por mutuo acuerdo pueden los cónyuges establecer períodos de separación temporal.

El *deber de fidelidad* se refiere primordialmente al aspecto sexual y a la erradicación del adulterio y de la relación homosexual con terceros, aunque también puede implicar cualquier otra conducta o actitud contraria al respeto debido entre los esposos.

Aunque la infidelidad supone la ausencia de comunicación sexual, no hay obstáculos para que si las costumbres y los usos sociales también quepa incluir en dicho concepto las relaciones no carnales (3).

Deber de socorro mutuo. La existencia de este deber se refiere al apoyo o contribución de los esposos a la tarea común de sostener una familia, y de manera especial al deber de prestación alimenticia entre los esposos.

El deber de socorro mutuo se puede confundir con la obligación de prestación de alimentos, y en la diferenciación de estos extremos se ha pronunciado el Alto Tribunal (4). No obstante para ver las diversas cuestiones que

(1) Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, «Código Civil comentado», en *La Ley. La Actualidad*, Las Rozas, Madrid, 2004.

(2) Vid. DIEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid.

(3) La Jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene muy claro la consideración de este deber, y sólo se ha pronunciado en un aspecto afirmando categóricamente cómo la infidelidad conyugal no origina indemnización económica por daños morales. Así lo afirma la STS de 30 de julio de 1999, que en su Fundamento Jurídico 3.º entiende que «indudablemente el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúen más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82, pero sin asignarle en contra del infractor, efectos económicos... no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1.101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar».

(4) La STC 45/1989, de 20 de febrero de 1989, rec. 1837/1988, abordó la cuestión de pasada al señalar que la base de nuestro sistema jurídico, que en lo que se refiere al

surgen en torno a este deber matrimonial hay que acudir a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (5).

régimen económico del matrimonio se basa en la libertad de capitulaciones (art. 1.315 del Código Civil), que *no pueden dispensar a los esposos ciertamente del deber de socorro mutuo* (art. 68 del Código Civil) *ni de contribuir a los gastos comunes en una u otra forma*, pero que si les autoriza, claro está, a mantener en su relación recíproca la reserva que juzguen conveniente sobre sus propias actividades económicas.

STS de 18 de enero de 2001 (Ponente: O'CALLAGHAN MUÑOZ). El tema central de estudio, objeto de la sentencia, versa sobre el contrato de vitalicio en el cual el inmueble es objeto de cesión a cambio de prestación de cuidados, tras la posterior nupcia entre cedente y cesionaria, se afirma la coexistencia de la obligación convencional con la de socorro mutuo conyugal. El Tribunal señala que «aparte de confundir la obligación de alimentos con el *deber de socorro mutuo que impone recíprocamente a los cónyuges el artículo 68 del Código Civil*, siendo aquélla sólo aplicable al caso de crisis matrimonial, tampoco advierte la parte recurrente que la obligación derivada del contrato de vitalicio tiene su carácter aleatorio derivado precisamente de desconocer su duración, que es el de la vida humana. El hecho de contraer matrimonio no extinguió la obligación de cuidados y servicios, sino que ésta existió desde aquél, por dos títulos, el legal y el convencional y este último podría renacer en su aplicación, en todo caso de crisis matrimonial».

La STS de 11 de febrero de 1985 señala que «entendiendo que se hace intolerable la convivencia... la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, según acontece cuando se origina un permanente estado de tirantez, desafección y profunda discordia entre los esposos, *con flagrante y persistente vulneración de los deberes de respeto, ayuda mutua y socorro* (arts. 67 y 68) y aun de los morales que impone la unidad corporal y espiritual de la pareja».

(5) Un ejemplo de cómo este deber ha sido y es contemplado por la Jurisprudencia, sin evolución y cambio alguno, se desprende de las siguientes sentencias:

La SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 10 de diciembre de 2002, rec. 15/2002, afirma que «Al formular la demanda exclusivamente contra los hermanos de la persona que los necesita, sin que conste haberlos reclamado con anterioridad de los primeros obligados de acuerdo a lo dispuesto en el mencionado artículo 263, se está infringiendo lo dispuesto en ese precepto que impone en primer lugar la obligación por la mayor fuerza del vínculo y si en el caso del cónyuge esta obligación constituye claramente uno de los deberes del matrimonio, *el deber de socorro mutuo al que se refiere el artículo 68 del Código Civil*, en el caso de los alimentos entre descendientes su origen está en la mayor fuerza del vínculo frente al fraterno (FD 1).

La SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 21 de abril de 2004, señala que del simple hecho de la interposición de la demanda y de que ambos cónyuges soliciten la separación, se deduce con meridiana claridad que está ausente cualquier atisbo de afecto conyugal, y que por tanto *se observa de parte de ambos cónyuges un incumplimiento grave y reiterado de los deberes propios del matrimonio*, especialmente de los de respeto, ayuda y socorro.

La SAP de Las Palmas, Sección 4.ª, de 26 de julio de 2004, afirma que se considera que esta prestación es la única que en un proceso relacionado con la crisis matrimonial (separación o divorcio) pueden reclamarse los cónyuges, pues la separación conlleva *la suspensión de la convivencia conyugal y con ella la de los deberes conyugales, dentro de los cuales se incluyen los deberes de ayudarse y socorrerse mutuamente, y el divorcio conlleva la disolución del propio vínculo conyugal*, quedando suspendida en el primer caso y desapareciendo en el segundo la obligación legal que tiene los cónyuges de prestarse alimentos en sentido estricto.

III. MODIFICACIÓN LEGAL: EL DEBER DE COMPARTIR RESPONSABILIDADES DOMÉSTICAS Y DE CUIDADO Y ATENCIÓN A DETERMINADOS FAMILIARES

La redacción del inciso segundo del artículo 68 del Código Civil, introducido por la Ley 15/2005 (6), supone la adaptación de la Ley a una realidad social (7).

La realidad social impone que la situación conyugal en la época actual haya variado desarrollando frecuentemente ambos consortes actividades profesionales dentro o fuera del domicilio conyugal, lo cual también ha supuesto la modificación de funciones del área doméstica que hasta hace unos años eran desarrolladas por uno solo de los cónyuges, de ahí que esa colaboración compartida de ambos sea responsabilidad común y así se imponga legalmente.

Pero además se incluye la obligación legal dedicada a la atención y cuidado no sólo de los descendientes sino también de ascendientes, y otras personas dependientes a su cargo.

RESUMEN

DEBERES CONYUGALES

El derecho a contraer matrimonio se configuraba como un derecho constitucional, cuyo ejercicio no podía afectar, ni desde luego, menoscabar la posición jurídica de ninguno de los esposos en el matrimonio, en base a la igualdad jurídica de ambos. La realidad social impone que la situación conyugal en la época actual haya variado y consiguientemente los deberes de los cónyuges de convivencia, fidelidad y socorro mutuo se ven ampliados por el deber de corresponsabilidad doméstica y de cuidado y atención a determinados familiares.

ABSTRACT

CONJUGAL DUTIES

The right to contract marriage used to be configured as a constitutional right, whose exercise could neither affect nor, of course, weaken either spouse's legal position in the marriage, on the basis of the spouses' legal equality. Social reality has made for a different conjugal situation today, and consequently, in addition to having the duties to live together, be faithful and provide mutual aid, spouses also have the duty to share domestic responsibility and the duty to care for certain family members.

(6) «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo».

Artículo 68 redactado por el apartado uno del artículo primero de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE de 9 de julio). Vigencia: 10 de julio de 2005.

(7) Este inciso segundo fue introducido por una enmienda de la Diputada del PNV, Margarita Uría, que integra una realidad de pedagogía social en el Código Civil. La diputada dejó claro que no habrá inspectores en las parejas, pero añadió que no compartir las tareas podrá ser relevante ante una situación de ruptura. GARCÍA VARELA, *Comentario del Código Civil*, T.I, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 497.

1.3. Derechos reales

LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LEY 2/1994 SOBRE SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. LA LEY DE SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS (LSMPH) Y EL ARTÍCULO 1.211 DEL CÓDIGO CIVIL

Esta Ley surgió, como dice su Exposición de Motivos, para que las personas que hubiesen concertado un préstamo hipotecario con anterioridad a la bajada generalizada de los tipos de interés que se produjo en los años de su publicación, pudieran beneficiarse de la misma. Para ello, la Ley permite a los deudores subrogar sus hipotecas a otro acreedor distinto que ofrezca condiciones más ventajosas, eliminando o suprimiendo las dificultades y costes que hasta entonces generaban esta operación. Igualmente, contempla el cambio del tipo de interés por la misma entidad acreedora o bien, la modificación del plazo de dicho préstamo.

Tal y como explica la propia Ley, viene a ser un desarrollo del mecanismo de la subrogación sin conocimiento del acreedor prevista en el artículo 1.211 del Código Civil.

Esta posibilidad de subrogación del artículo 1.211 del Código Civil hay que interpretarla de manera restrictiva, pues se trata de un supuesto excepcional, y por lo tanto hay que cumplir escrupulosamente los requisitos que allí se exigen.

Coinciden en esta idea y en la interpretación restrictiva que debe darse a este artículo gran parte de la doctrina y jurisprudencia. En este sentido baste ver la STS de 27 de junio de 1989, que califica al artículo 1.211 del Código Civil de «precepto de interpretación restrictiva, dada su excepcionalidad», y por lo que concluye que al no ser un contrato de préstamo sobre el que se pretende la subrogación, no se cumplen los requisitos de dicho artículo, y por tanto no puede operarse dicha subrogación. En el mismo sentido se encuentran la RDGRN de 7 de diciembre de 1950, que declara que «el deudor podrá realizar la subrogación convencional con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código Civil, sin el consentimiento del acreedor, en cuanto cumpla los siguientes requisitos de ineludible observancia. 1.º Que el deudor haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella; y 2.º que al pagar el mismo deudor se consigne en la correspondiente carta de pago la procedencia de la cantidad pagada, circunstancias encaminadas a prevenir posibles abusos en perjuicio o fraude de acreedores posteriores».

La doctrina también es unánime al interpretar de forma restrictiva la subrogación prevista en el artículo 1.211 del Código Civil sin consentimiento

del acreedor; así por ejemplo, y entre otros, lo manifiestan: SANCHO REBULLIDA, HERNÁNDEZ ANTOLÍN, GUTIÉRREZ SANTIAGO, SANTOS BRIZ y LÓPEZ LIZ (1).

Luego, cuando se dé una subrogación del 1.211 del Código Civil, para que ésta sea válida, debe cumplir estrictamente con todos los requisitos establecidos en dicho artículo; a saber, que se trate de un contrato de préstamo, que se haga en escritura pública, y que en ella conste que el destino de la suma prestada será el de pagar una deuda concreta del prestatario; pues sólo cabe hacer una interpretación estricta del mismo, y por lo tanto, hay que ser rigurosos a la hora de observar el cumplimiento de dichos requisitos.

Si, como hemos dicho, la subrogación prevista en la Ley 2/1994, tiene su fundamento en el artículo 1.211 del Código Civil (pues no es sino el mecanismo que facilita y agiliza esa posibilidad legal), debe interpretarse, asimismo, de forma estricta lo que en la Ley se contiene. En este sentido, la DGRN se ha manifestado en distintas ocasiones, abogando por una interpretación estricta y restrictiva de dicha Ley, pues se trata de un supuesto excepcional y sin desarrollo reglamentario.

En este sentido, las Resoluciones de 19, 20 y 21 de julio de 1995 afirman que la Ley de Subrogación Hipotecaria «se trata de una normativa de carácter excepcional respecto de las reglas generales de la obligatoriedad de los contratos (arts. 1.258 y 1.901 del Código Civil) y de las normas hipotecarias que previenen la necesidad del consentimiento del titular de un asiento registral para su modificación (arts. 1 y 40 LH), lo que reclama, por consiguiente, una interpretación estricta». En parecidos términos encontramos, más recientemente, la RDGRN de 5 de abril de 2000.

Pues bien, parece que por la relación de la LSMPH con el artículo 1.211 del Código Civil —del cual no es más que un desarrollo— ha de inferirse, en principio y sin dudas, la interpretación estricta y restrictiva de sus preceptos.

(1) SANCHO REBULLIDA, F. A., «Comentarios a los artículos 1.203-1.213 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. Al comentar el artículo 1.211, este autor mantiene que en la novación prevista en el mismo, «el beneficiario es el prestamista, cuya situación se antepone a la de los acreedores anteriores al préstamo pero posteriores a la obligación satisfecha con el préstamo. Su carácter excepcional determina una interpretación restrictiva mediante rigurosa exigencia de la concurrencia de sus requisitos», y entre ellos está el tratarse de un préstamo; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., «Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 622, mayo-junio, 1994, pág. 1208, donde mantiene que el artículo 1.211 del Código Civil contempla un supuesto excepcional que exige que se aplique en sus justos términos, para lo que es preciso que «para pagar el deudor ha de tomar prestado el dinero (préstamo en sentido propio, como el caso del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, crédito...); GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. en AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Coord.), ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 1440: «El artículo 1.211 contempla un supuesto en que excepcionalmente la subrogación se opera por voluntad del deudor —que en la hipótesis prevista es quien paga—, sin necesidad de que lo consienta el acreedor actual e incluso contra su voluntad. Precisamente por su carácter excepcional, el precepto merece una interpretación restrictiva mediante la rigurosa exigencia de observancia de todos los requisitos que establece». En el mismo sentido, defienden el carácter excepcional del artículo 1.211 del Código Civil y su interpretación restrictiva: LOPEZ LIZ, J., *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Análisis práctico de la Ley 2/1994, de 30 de marzo)*, ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 54-57; SANTOS BRIZ, J., «Comentarios a los artículos 1.203-1.213 del Código Civil», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, t. IV, ed. Trivium, Madrid, 1991, pág. 405.

No obstante, esta idea *a priori* indubitada y clara, ha ido quebrándose a lo largo de estos años en la aplicación e interpretación de dicha Ley.

II. SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES DE INTERPRETACIÓN AMPLIA DE LA LEY

Así las cosas, sorprende encontrarnos con declaraciones jurisprudenciales que amplían de un modo u otro la interpretación más estricta o literal de los preceptos legales.

1. ÁMBITO OBJETIVO DE LA LEY

La subrogación que contempla la Ley 2/1994, de 30 de marzo, según el tenor literal de la misma, puede producirse únicamente en los contratos de préstamo hipotecario; pues así lo dice el mismo artículo 1.211 del Código Civil, como lo repite expresamente el artículo 1.2 LSMPH (2).

Sin embargo, la jurisprudencia también ha interpretado en los últimos tiempos que, aunque en la Ley sólo se hace referencia expresa a los préstamos hipotecarios, no habría problema para extender la subrogación a otras figuras que no siendo préstamos hipotecarios en sentido estricto (es decir, el regulado en los arts. 1.753 a 1.757 del Código Civil), puedan englobarse en esa categoría por su similitud, ya que aunque en su inicio no se asemejen, desembocarán en una relación jurídica unilateral asimilable al préstamo, como puede ocurrir con un préstamo futuro o incluso una apertura de crédito. En este sentido se manifiesta la Resolución de 18 de junio de 2001 (3). Se amplía, por

(2) Artículo 1.2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo: «La subrogación a que se refiere el apartado anterior será de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario, cualquiera que sea la fecha de su formalización y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada».

(3) En este sentido, la Resolución de 8 de junio de 2001, después de diferenciar claramente el préstamo de la apertura de crédito en cuenta corriente, mantiene: «frente a estas figuras (préstamo y apertura de crédito), tipificadas por el legislador y los usos bancarios, las técnicas financieras han alumbrado, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, otras modalidades de contrato de préstamo que partiendo de cada una de aquéllas confluyen en la práctica en situaciones similares... Y junto a ellas está la modalidad de apertura de crédito en que se condiciona la disponibilidad no sólo para ciertos fines y en porcentajes determinados sobre el total crédito concedido, sino que se fija un plazo, transcurrido el cual desaparece aquélla, concretándose el importe debido en las sumas de que se haya dispuesto hasta entonces que se ha de devolver a partir de ese momento siguiendo el régimen de amortización periódico y con devengo de intereses en términos coincidentes con los préstamos sujetos a amortización por cuotas. La proximidad de ambas figuras es evidente en cuanto participan de la misma causa comercial y sus efectos, una vez que se ha recibido el préstamo o ha dispuesto del crédito, son perfectamente asimilables. Si en un momento inicial, en tanto la entrega no ha tenido lugar o está abierta la disponibilidad, existe una relación jurídica compleja, una vez culminada aquélla o se cierra la facultad de disponerse transforma en una relación idéntica a la del préstamo ordinario, con un acreedor exento ya de obligaciones que a partir de entonces recaen sobre el deudor. Y si la relación jurídica entre las partes sufre esa transformación, necesariamente ha de repercutir en la hipoteca que garantiza el crédito, que de ser una hipoteca de seguridad en garantía de una obligación futura o

lo tanto, el ámbito objetivo de la Ley, pero limitadamente. Igualmente, la Resolución de 17 de julio de 2001 amplía también la posibilidad de admitir la subrogación del acreedor hipotecario en un contrato de cuenta corriente garantizado con hipoteca.

No estoy de acuerdo con esta línea jurisprudencial, pues entiendo que el ámbito objetivo de la Ley es claro: los préstamos hipotecarios. Así lo quiso el legislador, e incluso en su tramitación parlamentaria se cambió la inicial subrogación de los préstamos hipotecarios para la promoción, adquisición y rehabilitación de viviendas, por la más amplia de préstamos hipotecarios. Y si el legislador hubiera querido ampliarla más, ese era el momento de haberlo hecho. Esto, unido al criterio de interpretación restrictiva que debe predominar en este tema, me hace ser proclive a criticar estas interpretaciones de la Dirección General.

2. OBJETO DE LA SUBROGACIÓN

Conviene pararse a analizar cuál es el objeto de dicha subrogación, es decir, si la subrogación se produce en la totalidad de la cantidad debida a la primitiva entidad acreedora, o si por el contrario, la subrogación debe producirse únicamente en la cantidad pendiente por capital. Según el primer criterio, la cantidad en la que se subroga la nueva entidad financiera comprendería no sólo el capital sino también los intereses debidos, así como otros gastos devengados en concepto de comisiones, etc. En el segundo caso solamente nos referiríamos al capital principal.

En apoyo de la primera tesis, se puede argüir la propia literalidad del artículo 2 de la Ley de Subrogación, pues en su párrafo segundo dice que en la certificación que debe entregar la entidad acreedora a la subrogada debe constar «el importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar», de cuyas palabras parece deducirse que la nueva entidad acreedora se subroga en toda la deuda, incluyendo, por tanto, lo que ya se adeuda por intereses o comisiones, y no sólo por principal.

Sin embargo, y como pone de manifiesto CALATAYUD SIERRA (4), el propio concepto de subrogación excluye esta interpretación, ya que ésta supone nada más un cambio de acreedor en un préstamo que debe seguir siendo el mismo, con la excepción de la modificación de su interés en los términos perfectamente delimitados por la Ley. Si admitiéramos la primera tesis, el préstamo cambiaría, ya que el importe variaría considerablemente al incrementarse con las cantidades debidas por intereses o comisiones, lo cual no deja de ser una capitalización del mismo.

Confirma esta idea la Resolución de 5 de abril de 2000, al desestimar el recurso planteado por entender que en la escritura de subrogación que se presenta a inscripción «no se señala de modo preciso la cuantía del préstamo

condicional y hasta un máximo de responsabilidad, pasará a ser una hipoteca ordinaria o de tráfico en garantía de una obligación ya existente y de cuantía determinada... Llegado ese momento... ha de llevar a la conclusión de que cabe su aplicación (de la Ley 2/1994) a esas situaciones que han devenido perfectamente equiparables a un préstamo hipotecario».

(4) Véase CALATAYUD SIERRA, A., «El procedimiento de subrogación hipotecaria en la Ley 2/94», en *RJN*, núm. 10, abril-junio, 1994, págs. 67-68.

tomado por el deudor de la entidad que ha de subrogarse en la posición acreedora, ni puede determinarse con seguridad por el Registrador en función de los elementos recogidos en el documento calificado: por una parte, no puede entenderse fijada aquella cuantía en la cantidad que figura en el justificante de pago incorporado al documento calificado, toda vez, que en el cuerpo de la escritura se expresa que parte del pago total, el correspondiente a intereses, se abona por la entidad subrogada con cargo a una cuenta que el deudor tiene en su entidad, y por otra, no queda claro cuál es la parte del total que corresponde a intereses...», de donde se concluye que la cantidad debida y la subrogada no son las mismas, y que debe quedar perfectamente claro el importe de la cantidad en que se subroga el nuevo acreedor hipotecario.

Bien, si interpretásemos de forma absolutamente literal el artículo 2 LSMPH, habría que admitir la primera tesis, entendiendo que la cantidad en la que se subroga el nuevo acreedor hipotecario es la totalidad del principal, más los intereses, costas y gastos. Sin embargo, no comparto esta idea por lo que ya se ha dicho; eso sería desnaturalizar el préstamo, que implica una misma obligación, y si se subroga en la suma de esas cantidades, la obligación ya no es la misma, sino una nueva. En este caso, no puede admitirse esa interpretación literal, tal y como hace la RDGRN de 21 de febrero de 2001. Pues en aras de una interpretación literal (que no considero estricta) se estaría vulnerando el principio de especialidad hipotecario. Se favorecería simplemente la práctica mercantil y el tráfico jurídico en detrimento de los principios básicos de nuestro ordenamiento registral. La interpretación, por tanto, debe ser sistemática y congruente con el resto del ordenamiento, no cabe basándose en una interpretación literal y al pie de la letra de los formalismos, deducir conclusiones contradictorias con los principios hipotecarios.

3. ACREDITACIÓN Y NOTIFICACIÓN DEL PAGO AL ACREEDOR PRIMITIVO

El artículo 2.3 LSMPH señala que el acreedor subrogado debe acreditar y notificar el pago hecho al primitivo acreedor. En concreto este artículo dice que: «Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si en el plazo máximo de quince días naturales a contar desde dicha entrega, formaliza con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario. En caso contrario, para que la subrogación surta efectos, bastará que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por ésta, por capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos. Se incorporará a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria».

Pues bien, las Resoluciones de la DRGN de 16 de septiembre de 2004 y 8 de junio de 2006, entienden que basta para dar cumplimiento a dicho precepto que la entidad subrogada comunique a la primitiva entidad el pago realizado, y que «en el ámbito de la lealtad que ha de presumirse existirá en la liquidación entre dos entidades financieras es suficiente la declaración de la entidad subrogada de haber pagado a la acreedora y la incorporación del resguardo de la operación bancaria realizada con finalidad solutoria». No es necesario, por tanto, que se acredite dicho pago ante el Notario autorizante de la operación, como podría colegirse de una interpretación muy estricta y literal del artículo 2 LSMPH.

Considero acertada la doctrina e interpretación realizada por el Centro Directivo en estas Resoluciones, ya que lo que señala la Ley es la necesidad de que conste la comunicación a la primitiva entidad acreedora del pago realizado por la subrogada, pues la finalidad de dicha notificación y acreditación es dar al primitivo acreedor la posibilidad de enervar la subrogación, modificando sus propias condiciones.

Por ello, creo que así debe interpretarse el artículo 2 LSMPH, y creo que en los casos que aquí se analizan, se cumple perfectamente con dicho objetivo, al incorporar el resguardo de la transferencia realizada, modo habitual de proceder en la práctica bancaria. Si bien es cierto que del propio artículo podría interpretarse la necesidad de que dicha comunicación conste en la escritura, creo que siempre que se asevere y asegure que la notificación del pago llegue al primer acreedor, se cumple con el requisito establecido en la Ley.

III. RECAPITULACIÓN

El análisis de los distintos ejemplos de interpretación jurisprudencial que hemos visto, nos lleva a hacer las siguientes reflexiones.

La Ley 2/1994 no debe interpretarse muchas veces de forma rígida-literal, como se parece deducir de alguno de los ejemplos expuestos, llevando al extremo los criterios generales de interpretación restrictiva. Pues, si así se hiciera, se corre el riesgo de primar determinadas formalidades o literalidades, en perjuicio de la esencia o espíritu de la Ley, en conjunto con el resto del ordenamiento.

Pero, tampoco cabe una interpretación laxa de sus preceptos, so pretexto de empujar o dinamizar el tráfico jurídico, entendiendo que con una interpretación demasiado rígida sólo se conseguiría paralizar, ralentizar o poner trabas al tráfico mercantil, a la práctica bancaria de hoy en día. Práctica que cada vez exige más la flexibilización de ciertas normas y principios para conseguir más negocio o de forma más sencilla.

Si esto se hace así, se corre el riesgo de anteponer el poder económico y fáctico de las entidades de crédito a los fundamentos y principios registrales más básicos. Creo que, a veces, nos encontramos ante una relajación excesiva de los principios registrales, y eso no es bueno. ¿Es que debemos rendirnos, entonces, a la teoría de los hechos consumados y aceptar esa flexibilidad o una interpretación a veces incompatible con nuestros principios más básicos del sistema registral?

Hay que tener cuidado con la interpretación y aplicación de esta Ley, pues aunque debe partirse de una interpretación restrictiva, acorde con su origen excepcional, ni esa interpretación puede convertirse en rígida y literal, ni mucho menos flexibilizarse de tal modo que lleve a desnaturalizar la finalidad, contenido y espíritu de la Ley.

RESUMEN

SUBROGACIÓN PRÉSTAMO
HIPOTECARIO

En estas líneas se trata de dibujar el panorama de cómo ha ido interpretando la DGRN la Ley 2/1994, de 30 de marzo, a lo largo de estos años. Se parte de una inicial interpretación restrictiva de sus preceptos conforme a la excepcionalidad del supuesto que contempla, pero se va observando una tibia relajación en dicha interpretación.

ABSTRACT

MORTGAGE LOAN SUBROGATION

In these lines the author endeavours to sketch a portrait of how the Directorate-General of Notarial Affairs has been interpreting Act 2/1994 of 30 March over the years. The initial interpretation was restrictive, in keeping with the exceptional nature of the circumstances envisaged in the law, but of late the interpretation has been observed to relax grudgingly.

1.4. Sucesiones

SEGURO DE VIDA: SUSTITUCIÓN POR EL TOMADOR DE LA BENEFICIARIA EN TESTAMENTO OLÓGRAFO SIN COMUNICACIÓN A LA ASEGURADORA. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DE LA BENEFICIARIA DE LA PÓLIZA POR COBRO DEL CAPITAL.

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora Titular de Derecho Civil UNED

I. INTRODUCCIÓN

Si partimos de los hechos contemplados en la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 2006, tenemos la existencia de un seguro de vida realizado, en su día, por el esposo a favor de su cónyuge, si bien en el momento del fallecimiento de aquél se encontraban ya divorciados. Éste otorgó testamento ológrafo y en el mismo revocó la condición de su ex-esposa de beneficiaria de la póliza sustituyéndola por su madre.

No hubo notificación alguna de la disposición testamentaria antes mencionada a la compañía aseguradora, por lo que ésta abonó el capital a la que figuraba como beneficiaria en la póliza.

Se entabla una acción de restitución fundada en un enriquecimiento injusto por haber recibido la prestación del comitente.

Los hechos expuestos suscitan una serie de cuestiones como las que a continuación se plantean:

1. VALIDEZ DE LA REVOCACIÓN DE LA CONDICIÓN DE BENEFICIARIA DEL SEGURO REALIZADA EN TESTAMENTO OLÓGRAFO

Queda fuera de toda duda el derecho a revocar mediante testamento la condición de beneficiaria sin consentimiento de la entidad aseguradora. Una

de las formas de modificarlo es, precisamente, el testamento. En la sentencia citada, en la que se aplica el Derecho alemán, se dice que así resulta del artículo 166 de la Ley de Contrato de seguro alemán y de los artículos 328 y siguientes del BGB. La revocación puede hacerse sin la intervención de la Compañía de seguros, si bien para que pueda surtir efecto debe comunicarse por escrito a su Consejo de Administración, conforme resulta del contrato y del artículo 130 del BGB, a cuyo tenor, una manifestación de voluntad que deba realizarse respecto a otra persona, adquirirá eficacia, si es realizada en ausencia de ésta, en el momento en que llegue a su conocimiento.

La aseguradora satisfizo la cantidad concertada a la persona que figuraba como beneficiaria, ya que frente a ella no había perdido tal condición por falta de notificación del cambio de voluntad del asegurador-tomador.

En materia de sucesiones, ha de primar siempre la voluntad del testador (STS de 15 de marzo de 1955, 25 de octubre de 1954, 10 de marzo de 1932, entre otras) y, en el caso que nos ocupa, no hay ninguna duda al respecto.

2. CAUSA DE LA INSTITUCIÓN DE BENEFICIARIA

Las litigantes combaten la condición de beneficiaria de la prestación a favor de una u otra. Los argumentos esgrimidos son, de una parte, el figurar como beneficiaria de la póliza y, de la otra, el ser beneficiaria de la masa hereditaria del fallecido, por lo que reclama el capital del seguro de vida adquirido por herencia y legado en virtud de la modificación hecha por el testador en testamento ológrafo.

Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial y el Supremo entendieron que el testador estaba en su derecho de cambiar la beneficiaria de modo que, al no acreditar la recurrente la existencia de causa de su institución de beneficiaria distinta de la liberalidad del asegurado, había perdido tal condición y, por lo tanto, la causa legal que justificaba la percepción de la prestación recibida. Puntualiza la sentencia objeto de nuestro análisis, que confirma la línea seguida por la Audiencia, que «el divorcio no implica necesariamente la pérdida de la condición de beneficiaria, sí que puede perderse por disposición unilateral, testamento, cuando no responde a causa o pacto bilateral entre las partes, esto es, cuando se estipula el derecho a favor de la ex-esposa en base a compensaciones acordadas en convenio de divorcio: lo que implicaría el carácter de contrato bilateral oneroso y requeriría el consentimiento de ambos contratantes para modificar la condición pactada de beneficiaria».

El cónyuge divorciado carece de derechos sucesorios en la herencia de su anterior esposo. En el caso contemplado en la sentencia del Supremo de 23 de marzo de 2006, además de estar divorciados, nombró una nueva beneficiaria en su testamento, por lo que dejó muy clara su voluntad. Como dice la STS de 17 de enero de 1962, para que el viudo adquiera sus derechos legitimarios es necesario que el matrimonio subsista con toda su fuerza y validez en el momento del fallecimiento del causante, por lo que habiendo perdido el estado de cónyuge no puede concederse un derecho legitimario al amparo de una situación jurídica inexistente (en el mismo sentido SSTS de 13 de marzo de 1969 y 11 de mayo de 1976).

3. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Si se parte de la ausencia de causa de la recurrente para cobrar los 121.135,20 marcos alemanes que había percibido como capital del seguro de vida, estamos ante un enriquecimiento injusto o, como califica el artículo 812 del BGB, ante una *adquisición sin causa jurídica* o ante un *enriquecimiento injustificado* que se produce por la concurrencia de cuatro requisitos: «a) *prestación*, consistente en el incremento consciente e intencionado del patrimonio ajeno; b) *obtenido algo*, en el sentido de ventaja patrimonial que produce el consiguiente perjuicio patrimonial en la otra parte; c) *sin causa legal*, o lo que es igual, sin una relación obligacional, y d) *unidad del proceso de enriquecimiento*». Al ser considerado como enriquecimiento injusto, el Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, lo que conllevó la condena en costas de la recurrente y la pérdida del depósito constituido.

RESUMEN

SEGURO DE VIDA

Examen crítico de jurisprudencia sobre la posibilidad de sustituir el tomador a la beneficiaria de un seguro de vida en testamento ológrafo sin haberlo comunicado a la aseguradora. Enriquecimiento sin causa de la beneficiaria de la póliza por cobro de capital.

ABSTRACT

LIFE INSURANCE

A critical examination of case law on the possibility of a policyholder's replacing the beneficiary of a life insurance policy in a holographic will without having notified the insurance company. Unjust enrichment of the policy's beneficiary at collection of the capital.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA TRANSACCIÓN DA CERTIDUMBRE A UNA RELACIÓN INCIERTA. NO EXIGE FORMA ESPECIAL: PUEDE SER VERBAL Y NO PRESUPONE EQUIVALENCIA DE PRESTACIONES.

por

ISABEL MORATILLA GALÁN
Licenciada en Derecho

I. CONCEPTO Y CARACTERES

La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado, tiene finalidad de sustitución de una relación jurídica dudosa por otra cierta, así lo disponen las SSTs de 27 de noviembre de 1987 y 4 de abril de 1991. El contrato de transacción es consensual, bilateral y

oneroso, pues ambas partes quedan obligadas recíprocamente y realizan sacrificios económicos, algunos autores lo calificaron también de accesorio, y alguna opinión aislada le atribuye carácter aleatorio.

La nota de consensualidad no se discute. La transacción se perfecciona por el mero consentimiento, por lo que nace, existe, desde que los contratantes consintieron en obligarse. Así el TS en sentencias de 7 de marzo de 1963 y 6 de noviembre de 1993 lo dispone. Algún autor estima que del artículo 1.815 del Código Civil habría que inducir la exigencia implícita de forma escrita, pero la doctrina jurisprudencial no ofrece, en cuanto a este particular, resquicio alguno. La transacción no viene subordinada a la observancia de ningún requisito de forma especial, las SSTs de 30 de mayo de 1958 y 10 de abril de 1981, así lo disponen, por lo que es válida cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado (STS de 7 de mayo de 1963), incluso la verbal (SSTs de 20 de octubre de 1928 y 29 de abril de 1966), por lo tanto, rigen las normas generales de los artículos 1.279 del Código Civil y siguientes. Cosa distinta es que sea conveniente o recomendable, la plasmación por escrito, sobre todo para evitar las dificultades interpretativas y probatorias, en su caso. La STS de 19 de diciembre de 1994 se refiere a un contrato no formalizado, pero con esta expresión no se alude a la forma sino al consentimiento.

Se afirma que el contrato tiene naturaleza bilateral o plurilateral. Esta nota significa la necesidad de que haya mutuas concesiones, «por cada una» —dice la ley— de las partes contratantes. Cada contratante se ha de obligar a dar, prometer o retener alguna cosa. En tal sentido ha de entenderse la reciprocidad y también el carácter sinalagmático. Para GULLÓN es clara la bilateralidad o reciprocidad, aquí —dice— son sinónimas por la necesidad de las recíprocas concesiones.

El requisito de la onerosidad no es tan pacífico como los anteriores. Lo niega un sector doctrinal —CARRESI—; y por —VON THUR— se señala que se ha exagerado el carácter oneroso de la transacción, de un parte, porque los sacrificios pueden ser de los más varios y sutiles y, de otra, porque con ello se ha trasladado el centro del contrato a la periferia. Para GULLÓN la onerosidad se presta a matizaciones, porque si las concesiones han tenido por objeto exclusivamente las prestaciones formuladas en la controversia, parece obvio que no hay desprendimiento de valores actuales que estuviesen en el patrimonio de los transigentes, y no ocurrirá igual si para transigir se han sacrificado los mismos, la onerosidad sería la común y corriente de los contratos onerosos. El artículo 1.713 del Proyecto de Código Civil de 1851 decía que la transacción es un convenio no gratuito. GARCÍA GOYENA tenía por mejor la definición romana y hablaba de «convención no gratuita... dando, prometiendo o reteniendo algo», y añadía que si fuera gratuita «degeneraría en renuncia o remisión y verdadera donación». La expresión «convenio no gratuito» no pasó al Código, y si se recoge la de «dar, prometer o retener algo» por cada una de las partes que no figuraba en el mencionado artículo 1.713 del Proyecto. En esta locución se entiende comprendida por la doctrina la onerosidad, en el sentido, como señalan Díez-Picazo y GULLÓN de que ambas partes han de hacer sacrificios para componer la controversia, que no han de ser equivalentes, como tampoco en ningún otro contrato oneroso. La nota de la onerosidad está explícitamente recogida en la doctrina jurisprudencial (SSTs de 9 de marzo de 1948 y 6 de noviembre de 1993). La doctrina civilística clásica de nuestro país atribuye a la transacción el carácter de contrato accesorio. Se razona que: supone una cuestión anterior —VALVERDE—; necesita de la existencia de otro

contrato o de una relación jurídica cualquiera —SÁNCHEZ ROMÁN—; presupone una relación jurídica entre partes y una diferente apreciación acerca de ella —DE DIEGO—; se hace en vista de un pleito que se evita o termina con ella —DE BUEN—; supone siempre la permanencia de otras obligaciones principales, sin cuya existencia no se concibe —FALCÓN—. En la STS de 17 de octubre de 1926 y análogamente en la de 8 de febrero del propio año, se atendía al presupuesto de un negocio anterior incierto, en cuanto requiere una cuestión anterior, judicial o extrajudicial. La moderna doctrina abandonó el criterio anterior, en razón de que no existe un contrato principal que explique la accesoriidad. MORALES MORENO estima que la transacción en un contrato aleatorio o al menos con cierto ámbito de aleatoriedad, y BONET RAMÓN admite que según la naturaleza del sacrificio puede ser conmutativo o aleatorio. Pero no parece asumible este carácter aleatorio, pues como dice RUIZ-RICO, no sólo la Ley no lo tipifica entre los de esta naturaleza, lo cual, aunque importante, no es decisivo sino sobre todo porque las «prestaciones estipuladas por los transigentes carecen de un componente de azar», es decir, no se hace depender su existencia o cuantía de un hecho incierto. Además, procede observar, que nada obsta a que pueda estipularse algún elemento de aleatoriedad, pero ello no lo convierte en contrato aleatorio (STS de 18 de junio de 1962). En contra del carácter aleatorio de la transacción, se cita la STS de 6 de noviembre de 1965. Se plantea también la cuestión de si la transacción es siempre un contrato de naturaleza civil o se admite la posibilidad de que pueda tener carácter mercantil. La STS de 10 de abril de 1908 le atribuye naturaleza mercantil al contrato del caso porque mediante la transacción vinieron a resolverse diferencias y responsabilidades derivadas todas de actos contractuales de ese orden, en contra cabe citar la STS de 8 de febrero de 1926.

II. REQUISITOS

Son requisitos de la transacción exigidos por la jurisprudencia en SSTS de 13 de octubre de 1997 y de 29 de julio de 1998, entre otros, los siguientes: *a)* Finalidad de poner fin a la controversia, pues es necesario que exista una controversia actual entre las partes que tratan de resolverla y evitar un litigio inminente o que ya está en marcha, en realidad, consiste en constatar la existencia de una contradicción o enfrentamiento entre las partes que amenaza con resolverse por vía judicial; *b)* que existan recíprocas concesiones, pues la falta de esa reciprocidad impide que pueda hablarse de transacción, así lo dispone la STS de 15 de octubre de 1985. También es preciso que las partes cedan, mucho o poco, en sus iniciales pretensiones. No es necesario que esas concesiones sean equivalentes, en este sentido lo indica la STS de 4 de abril de 1991; y *c)* que haya incertidumbre subjetiva. No hace falta que la controversia estuviera fundada jurídicamente y que ambas partes llevaran parte de razón ni que el asunto fuera de difícil resolución. La incertidumbre radica en la litigiosidad a que conduce la controversia y que los transigentes intentan evitar o suprimir, así para la STS de 21 de octubre de 1997, el presupuesto de la transacción existe cualquiera que sea el fundamento de la contradicción o distancia.

III. OBJETO

Lo constituye la situación o relación jurídica controvertida que las partes componen por medio del contrato transaccional.

IV. CLASES

Un primer punto de vista distingue la *transacción propia* de la *transacción impropia*. La propia es la definida en el artículo 1.809, de tal modo que son los propios transigentes los que conciertan las estipulaciones que han de vincularles. Respecto plenamente a la idea de la transacción como fenómeno de autocomposición. Como dice la STS de 8 de mayo de 1920, son los propios interesados quienes de común acuerdo se otorgan recíprocas concesiones. Entendemos que no obsta a la consideración de «propia» el hecho de que en la elaboración del negocio, o formación de voluntades, medien otras personas. Se denomina impropia la que, sin reunir los requisitos del arbitraje, se encomienda a un tercero. Sostiene OGÁYAR que tiene declarado la jurisprudencia en SSTS de 25 de abril de 1902, 20 de octubre de 1962 y 10 de junio de 1968, que la intervención del tercero no afecta para nada a la esencia y naturaleza de la transacción, porque tal intervención no está prohibida por la ley, ni se sujeta a formalidades especiales. No hay transacción en el caso del arbitraje formal, ni en los casos en la que la intervención del tercero tiene el carácter de arbitrador —así lo disponen las SSTS de 17 de febrero de 1986 y 15 de febrero de 1996, entre otras—, el cual interviene no para dirimir o resolver conflictos sobre una relación jurídica ya existente, sino para integrarla o completarla, concretando algunos de los elementos de la relación jurídica no definida totalmente y que todavía no ha nacido —así lo establecen las SSTS de 8 de noviembre de 1985 y 28 de noviembre de 1988—, lo que, salvo limitación legal, no impide la impugnación procesal —así lo manifiesta la STS de 10 de marzo de 1986—. El problema radica en si cabe en la actualidad el arbitraje informal a un tercero, sin las formalidades del arbitraje, y cuya decisión tenga el carácter de vinculante para los discordantes y, por lo tanto, si cabe hablar de transacción con los efectos del artículo 1.816, siempre, claro está, que se den los elementos esenciales del artículo 1.809. Un sector doctrinal —en el que se posiciona BERCOVITZ— se muestra favorable; y la opinión contraria argumentaba con base en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, singularmente en relación con la locución, aceptar expresa o tácitamente la decisión del tercero «después de emitida», pero la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, no proporciona orientación alguna.

Desde otro punto de vista se distingue la *transacción pura* o *simple* y la *transacción mixta* o *compleja*. Se llama pura cuando las partes, para llegar a una avenencia, operan con la materia misma del litigio o de la controversia. Las recíprocas concesiones recaen exclusivamente sobre la situación o derechos controvertidos. Se denomina mixta cuando alguna de las concesiones afecta a un objeto extraño a la discusión, esto es, cuando se compensa a una de las partes o a ambas con cosas o derechos extraños a la controversia, relación o situación jurídica controvertida. Nuestro derecho positivo no contempla directamente la transacción compleja, pero es admitida por la jurisprudencia, entre otras, SSTS de 8 de marzo 1933, 9 de marzo de 1948, 14 de marzo 1955, 10 de abril de 1964 y 9 de noviembre de 1971, que la consideran

perfectamente reconducible a la definición tipificada de la transacción del artículo 1.809. Como dice explícitamente la STS de 9 de marzo de 1948, la prestación correspondiente al reconocimiento o cesión del derecho que puede recaer sobre los mismos bienes que estaban en litigio o sobre bienes diferentes. Las SSTs de 17 de noviembre de 1971 y 26 de febrero de 1981 se refieren a negocios complejos de tipo transaccional, y la de 10 de diciembre de 1960 a un contrato complejo originario de transacción y derivativo de arrendamiento. En el caso de la STS de 25 de enero de 1957 no hay transacción compleja porque faltan los requisitos del artículo 1.809, se trata de un contrato de carácter innominado, atípico, complejo o mixto.

Un tercer punto de vista distingue la *transacción total* de la *parcial*. En el caso de transacción judicial parcial, al recaer el acuerdo sólo sobre determinados extremos litigiosos, proseguirá el pleito en cuanto a los demás.

Por último, la distinción más importante es la de transacción judicial y extrajudicial. El concepto de transacción extrajudicial se determina de forma negativa: es la que no tiene la condición de judicial. No existe acuerdo en la doctrina, y tampoco una solución inequívoca en la jurisprudencia, acerca de lo que cabe entender por transacción judicial. Por esta razón, y la trascendencia práctica de la cuestión, es preciso hacer un análisis detenido de la misma.

Las posturas que se mantienen se pueden resumir en cinco apartados:

a) La que parte de la distinción entre la transacción sobre «res litigiosa», entendiendo por tal «cualquier litigio presente o futuro» y transacción sobre *res dubia*, y considera judicial la primera. No tiene interés habida cuenta la postura que se mantiene en relación con el fundamento de la transacción.

b) Se entiende por transacción la que pone fin a una controversia pendiente en los Tribunales. No es precisa la aprobación judicial, ni siquiera la incorporación a los autos. El pleito puede procesalmente finalizar por desistimiento o allanamiento —así lo mantuvo la STS de 22 de abril de 1911— y —en contra se puede citar la STS de 20 de marzo de 1982—. Esta postura que se analiza no parece sostenible. Baste pensar en la posibilidad de una transacción «judicial» de la que ni siquiera tuviere conocimiento el Juzgador.

c) Una tercera postura atiende en esencia al dato de poner término, total o parcialmente, a un pleito y a la aprobación judicial. Es indiferente cuándo tuvo lugar, ni quiénes mediaron, ni si se hizo o no en presencia del Juez o Tribunal que conoce del pleito, lo importante es que se incorpora a las actuaciones, pone fin por voluntad concreta de las partes al litigio, y se aprueba, sin juicio sobre la controversia, en la resolución judicial correspondiente —auto—. Es uno de los denominados modos excepcionales o «anormales», así lo indican las SSTs de 1 de abril de 1942 y 7 de abril de 1959, en cuanto a terminación del proceso, anormal en el sentido de contraposición a la terminación normal por sentencia.

d) La cuarta postura mantenida por LUNA comprende como transacción judicial no sólo la expresada en el apartado anterior, sino también «la que, para prevenir un proceso, se efectúa ante el Juez». En tal sentido sería judicial la avenencia en acto de conciliación. Y e) una quinta postura, que RUIZ-RICO considera la más razonable y dice que es la sostenida por la mayoría de los civilistas y procesalistas, concibe la transacción judicial como el acuerdo celebrado «ante» el Juez, incorporado al proceso, y aprobado mediante auto judicial. Se trata, dice otro autor, de la visión más restrictiva de las defendidas, y busca las máximas garantías de fiabilidad de que lo transigido es susceptible de ejecución por ser las estipulaciones coincidentes con la auténtica voluntad de las partes, de lo cual da fe la autoridad judicial, y habiendo la

certeza de la casi absoluta imposibilidad de equivocaciones fácticas o jurídicas. La solución tercera en nuestra opinión es la correcta, es la que sigue en la práctica judicial y además pensamos que es la que cabe deducir de las SSTS de 3 de noviembre de 1911, 21 de abril de 1942 y 7 de abril de 1959. La transacción judicial tiene un carácter mixto, material —contrato— y procesal —acto procesal—. No es un contrato procesal porque los efectos procesales no se derivan del acuerdo de las partes, sino de la resolución judicial que le homologa. Por otra parte, resulta oportuno indicar que, no es transacción judicial la que por avenencia se produce en acto de conciliación. En nuestro derecho no existe la denominada transacción ante juez, y el juez que interviene en el acto de conciliación ni pone fin a un pleito, ni aprueba, ni homologa, la avenencia. La sentencia que aprueba una transacción, así lo disponía la STS de 25 de enero de 1867, no puede ir contra las bases aprobadas por las partes, porque ello supone infringir la ley del contrato. El control judicial se extiende a la concurrencia de los requisitos de la transacción —art. 1.809 del Código Civil—, capacidad de las partes, ratificación de los interesados a la presencia judicial, y en su caso poder especial que no perjudica a tercero, pues no cabe transigir en ajeno perjuicio como mantiene la STS de 6 de abril de 1949, ni vulnera el orden público, y no contradice disposiciones de rango imperativo cuya aplicación debe vigilar el Juez de Oficio. Así, el artículo 415 de la LEC 1/2000 dice que el Tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados que asistan al acto.

Respecto al *convenio regulador del artículo 90 del Código Civil*, que es una modalidad de transacción, habrá de tenerse en cuenta lo establecido en dicho precepto. Este convenio, en lo que se refiere a la liquidación de gananciales, con independencia de que no esté aprobado judicialmente en razón de lo dispuesto en el artículo 90.5.º del Código Civil, tiene una significativa fuerza vinculante para las partes, en el sentido de que —como posturalmente mantiene la STS de 16 de mayo de 1997— no habiéndose acreditado ninguna causa que vicie el consentimiento prestado deberá prevalecer su contenido.

Por último, en cuanto al momento en que puede celebrarse la transacción, ésta puede tener lugar en cualquier fase procesal en tanto no recaiga sentencia firme. Por lo tanto, puede celebrarse durante la apelación —así dictaminan las SSTS de 24 de mayo y 27 de junio de 1928— y pendiente el recurso de casación. Nada obsta a que una transacción anterior a la demanda y por ende extrajudicial, STS de 20 de marzo de 1982, puede presentarse o ratificarse por ambas partes en el proceso, solicitando la homologación judicial, convirtiéndola en judicial. No cabe otorgar transacción en período de ejecución forzosa, salvo el caso de que la transacción se refiera a un incidente de contenido declarativo, por ejemplo, de liquidación de sociedad de gananciales en ejecución de sentencia dictada en proceso de separación matrimonial, citando al respecto la STS de 12 de febrero de 1991. La STS de 10 de octubre de 1908 declara que la cuestión acerca de si la transacción celebrada entre las partes puede impedir el cumplimiento del fallo no puede ser resuelta en trámite de ejecución de sentencia; y la de 17 de diciembre de 1929 indica que para obtener lo que se supone convenido en firme, no basta reclamarlo en autos de ejecución de sentencia.

V. NATURALEZA

La doctrina no se pone de acuerdo en materia tan trascendental. Las posturas doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la transacción son numerosas: negocio liquidatorio; negocio de fijación; modo de extinción de las obligaciones, paralelo a la novación y la remisión; forma de remisión; contrato accesorio; contrato de obra; contrato de compromiso; contrato aleatorio; contrato real; subrogado el juicio por lo que respecta a la transacción judicial. En nuestro Derecho es una figura contractual típica, que se caracteriza porque la eliminación de la controversia se lleva a cabo mediante una reglamentación nueva y una nueva situación en la que las partes se hacen recíprocas concesiones, lo que la diferencia, como dice DÍEZ-PICAZO, del negocio de fijación en el que la situación jurídica permanece idéntica, si bien aclarada. La circunstancia de que la operatividad de la transacción no suponga en todo caso la generación de obligaciones parece entrar en contradicción con la tesis estricta del contrato con arreglo a la cual sólo tienen la consideración de contratos los negocios jurídicos bilaterales que crean obligaciones patrimoniales y es que el compromiso de no reclamar, de no ejercitar la pretensión renunciada o de no polemizar más sobre la situación preexistente constituyendo una obligación de no hacer. En opinión de GULLÓN, en dichos casos las obligaciones entre las partes serían las de no dar a la situación jurídica existente entre ellas más sentido o alcance que el que se plasma en la transacción y, por lo tanto, sería una nueva fuente de relación jurídica que coexistiría con la primera aclarándola o fijándola.

Para CARNELUTTI la transacción es el equivalente contractual de la sentencia, ya que ambas tienen el mismo valor. Esta opinión tiene bastante fundamento porque el legislador regula la transacción con la finalidad de evitar litigios, es decir, de sustraer asuntos al conocimiento judicial. En opinión de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, la transacción produce una fijación convencional del Derecho. Después de transigir, las partes conocen mejor cuáles son las verdaderas posibilidades que tienen. Tiene una eficacia declarativa porque versa sobre unos derechos que existían ya anteriormente. En ciertos casos puede tener una eficacia constitutiva, como sucede cuando una parte se obliga a realizar una prestación distinta de las que formaba parte de la controversia. La principal problemática en torno a la naturaleza jurídica de la transacción se viene centrando en la distinción tradicional entre acto declarativo o acto traslativo. PELÁEZ examina otras dos posibles soluciones: teorías constitutiva y dispositiva. La importancia del criterio que se adopte se manifiesta en diversas consecuencias de índole práctico, pues de atribuirle naturaleza declarativa no sería título hábil para la usucapión, no cabría aplicar las normas sobre saneamiento, y no se generaría, en su caso, la posibilidad del retracto. La problemática se extiende a otros muchos temas de interés —acción revocatoria o pauliana, art. 464 del Código Civil; inscripción en el Registro de la Propiedad; aceptación de herencia; calificación de los bienes de la sociedad conyugal; Derecho Tributario, etc.—. VÁZQUEZ GUNDÍN plantea el supuesto de que una persona reclama a otra la propiedad de una cosa, y la otra se la reconozca a cambio de cierta ventaja, y luego resulta que un tercero es declarado legítimo propietario del bien mencionado. Para el autor citado, si la transacción fuere declarativa la efectuada no debería dejarse sin efecto.

Se afirma que la transacción es traslativa si transmite a cada parte los derechos que se le adjudican, y declarativa si reconoce o declara que de los derechos

discutidos, unos pertenecen a una parte, y otros a otra. La tesis declarativa se fundamenta en la intención de las partes. Se dice que lo que se renuncia no es la cosa o el derecho sino a la pretensión que tenía sobre ellos cada una de las partes, en este sentido se manifiestan CASTÁN y VÁZQUEZ GUNDÍN. Cuando se renuncia a una pretensión se libera el derecho del contrario. Es un efecto reflejo automático que no precisa de la aceptación o ratificación del titular colitigante. Dentro de nuestra doctrina civilística la consideran traslativa. Entre los autores citamos a este respecto a SÁNCHEZ ROMÁN y FALCÓN. La tesis declarativa la mantienen otros como DE BUEN, salvo que una de las cláusulas se refiera a la transmisión de un objeto extraño al litigio, y DE DIEGO, salvo cuando el derecho queda en una parte mediante la obligación de ésta de entregar una cosa determinada; en este caso la convención es traslativa, porque esa cosa sale del patrimonio de uno para entrar en el de otro. BONET RAMÓN sostiene que es declarativa, con las siguientes excepciones: cuando se adquiere una obligación, ajena a la pretensión que se renuncia; cuando se dejan sin efecto obligaciones anteriores que sustituyen a las obligaciones nuevas y cuando la concesión consiste en la adquisición de un bien no litigioso. Las renunciaciones son declarativas, pues se reputa que solamente reconocen derechos preestablecidos. Algunos autores diferencian según que se trate de transacción simple o compleja, pero mientras SANAHÚJA considera que la primera es totalmente declarativa, y la segunda solo parcialmente en lo que afecta a reconocimientos y renuncia de pretensiones, ALBALADEJO entiende que la pura o simple puede ser declarativa o traslativa en tanto la compleja es traslativa. La Resolución de la DGRN, de 6 de diciembre de 1947, califica la transacción simple o pura como declarativa porque no traslada ni constituye derechos. El problema radica en determinar cuándo hay «reconocimiento» de un derecho que realmente tenía el sujeto al que se le reconoce, y cuando hay un traspaso que «modifica» el anterior estado objetivo de cosas. La solución parece que se puede encontrar comparando lo acordado con la «aparente» situación anterior, y si no puede precisarse habrá de admitirse que la transacción que esclarece la situación es traslativa porque atribuye tal derecho. Entiende LUNA SERRANO que la transacción, como regla general, no tiene efecto declarativo, ni traslativo; y defiende el indudable alcance dispositivo en cuando se «fija posiciones pero no porque declare absolutamente nada sobre lo preexistente, sino porque solventa la controversia mediante el arreglo dispositivo que suponen las recíprocas concesiones». No se puede, pues, dar una solución única, depende de la intención de las partes y del contenido de las concesiones. Como dice GULLÓN, cuando se sacrifica un derecho distinto del controvertido, hay desplazamiento patrimonial, y por lo tanto tiene naturaleza dispositiva; las renunciaciones se refieren a pretensiones, y por ende lo que se hace es fijar o aclarar la verdadera situación jurídica, y por último, cuando la transacción es causa de un nuevo contrato o de la modificación del antiguo, es fuente de una nueva relación jurídica que sustituye a la anterior o de una modificación de ésta.

VI. SU DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

A) Renuncia de derechos. El elemento de las concesiones recíprocas que a cada una de las partes haya de dar, prometer o ceder algo, distingue a la transacción de la renuncia abdicativa. Así se pronuncian las SSTs de 8 de febrero de 1944, 14 de mayo de 1952, 28 de septiembre de 1960, 26 de junio de 1969, 6 de noviembre de 1993 y 11 de octubre de 2000. Lo que no obsta

para que la prestación o concesión de una de las partes o las recíprocas de ambas consista en una renuncia como disponen las SSTS de 8 de marzo de 1962 y 21 de octubre de 1977. Lo mismo ocurre con el allanamiento —STS de 23 de noviembre de 1956— y con el desistimiento.

B) Donación. Es discutible la posibilidad de que en una transacción se pueda injertar una donación, sin embargo, la doctrina se manifiesta en contra, pues la concesión recíproca y determinante de un contrato de naturaleza onerosa excluye la posibilidad de confusión con otras relaciones jurídicas de prestación unilateral y de causa lucrativa o mera liberalidad, como la donación, manifestándose en este sentido las SSTS de 9 de marzo de 1948 y 11 de octubre de 2000.

C) Novación. Una gran parte de nuestra doctrina civil clásica y en la misma línea la STS de 8 de febrero de 1926 consideraba la transacción como una forma de novación porque era una manera de convertir o sustituir relaciones precedentes. Decía DE DIEGO que es notorio su valor o alcance novatorios transformando las obligaciones y derechos ulteriores a ella, y cuyas diferencias entre partes quedan por ella superadas y sustituidas por los nuevos derechos y obligaciones que las mismas partes han convenido. Por su parte VALVERDE apunta la idea novatoria para la transacción extrajudicial. Para otros autores la transacción puede envolver en ciertos casos una novación, pero esto no autoriza para confundir e identificar ambas instituciones —en este sentido se pronuncia CASTÁN—, o más que de una estricta novación de obligaciones, se trata de novar la situación jurídica en que se hallan las partes respecto al objeto de la transacción —así se manifiesta PUIG BRUTAU—. LUNA SERRANO, por su parte, pone de relieve, por un lado, la incompatibilidad que supone el efecto novatorio, extintivo o modificativo, con la naturaleza declarativa de la transacción, pues dicha virtualidad novatoria pretendería dar a la transacción, al menos en ocasiones, un alcance constitutivo, y por otro lado, señala la incongruencia de la idea de la declaración con la exigencia de sacrificios definitivos en que consisten las concesiones puesto que, por definición, si se declara no se dispone y si se dispone no se declara. A la postura jurisprudencial se le critica la falta de un pronunciamiento concreto y claro, la utilización de frases inocuas como la de sustituir una relación dudosa por otra cierta, la imprecisión terminológica y las declaraciones genéricas sobre el efecto novatorio que son incorrectas. Señalan Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que la jurisprudencia ha declarado que toda la transacción da lugar al nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones en sustitución de los extinguidos, o a su modificación, como se dispone en las SSTS de 8 de febrero de 1926, 19 de diciembre de 1960 y 26 de abril de 1963. Opera como si la transacción fuera firme y exacta, y entonces no hay duda de que la transacción, por su misma estructura tiene que aportar una modificación o sustitución. Pero precisamente aquella relación ha dejado de ser firme y exacta por la controversia, se ha oscurecido por el contraste de pretensiones, y por ello falta un término de comparación fijo y verdadero para apreciar si ha habido modificación o sustitución, en realidad, cuando se habla de efecto novatorio no siempre se alude a que se produzca una novación de obligaciones, sino a la creación de una situación nueva, que sustituye a la preexistente, aunque puede suceder que se produzca una novación extintiva que se caracteriza porque no hay un solo acuerdo sino dos, el que extingue y el que crea, o una novación modificativa, así lo disponen las SSTS de 19 de diciembre de 1960, 8 de marzo de 1962, 17 de enero de 1964, 27 de noviembre de 1987, 20 de abril de 1989 y 31 de oc-

tubre de 1998, entre otras, pero puede ocurrir que se generen obligaciones o relaciones jurídicas independientes de las que formaban parte de la controversia. Toda transacción da lugar a una situación nueva en el sentido de que la situación preexistente deja de ser controvertida perdiendo la posibilidad de judicializarse. En ningún caso cabe imaginar como una de las posibilidades dejar las cosas como están porque aun habiendo sólo renunciaciones y reconocimientos que pueden dar la apariencia o crear aquella impresión, la posición jurídica lo reconoce. Por otra parte, la transacción, incluso la simple, es susceptible de envolver variadas figuras jurídicas típicas o atípicas, en este sentido cabe citar las SSTs de 8 de marzo de 1933, 10 de abril de 1964, 4 de noviembre de 1969 y 9 de noviembre de 1971. Las obligaciones fijadas en el pacto transaccional deberán entenderse sin mengua de la naturaleza contractual que le es propia, así lo mantienen las SSTs de 30 de abril de 1989 y 4 de abril de 1991, es decir, su naturaleza contractual concreta. Las SSTs de 10 de abril de 1964 y 4 de noviembre de 1969 ponen de relieve la existencia de dos clases de efectos, según se atiende a los que son peculiares y exclusivos de la transacción tendentes a evitar la provocación de un pleito o poner fin al ya comenzado, o a los que derivan de cada uno de los contratos autónomos que pueden integrarse en el negocio jurídico transaccional, con lo que cabe la posibilidad de que dentro de un proceso no se insten los primeros y sí únicamente los normales que emanen de algunas de las convenciones en el mismo subsumida. Por último, parece acertado entender que no cabe aplicar las normas de la novación al contrato de transacción que las tiene propias.

D) Acto de conciliación. El acto de conciliación con avenencia puede perfectamente recoger un supuesto de transacción pero no se identifica con la transacción porque esta figura jurídica requiere la concurrencia inexcusable de los requisitos que exige su regulación jurídica que puede no darse en la conciliación. La STS de 22 de febrero de 1952 declara que no hay transacción porque el acto de conciliación no tenía por finalidad transigir sobre derechos sino ponerse de acuerdo sobre el medio de dar cumplimiento a la cláusula de una escritura. En cambio en los casos de las SSTs de 17 de enero de 1964 y de 20 de noviembre de 1965 se recogen verdaderos convenios transaccionales celebrados en actos de conciliación. El acto de conciliación con avenencia no transforma la transacción en judicial pero atribuye a la extrajudicial el efecto ejecutivo si se celebró ante juez competente para conocer del asunto convenido y si el Juez carece de esa competencia, el acto tiene el valor y eficacia de convenio consignado en documento público y solemne con la importante incidencia procedimental a que se refiere la STS de 27 de noviembre de 1987. Un tema interesante es el que plantea el examen de la STS de 25 de marzo de 1972, en ella el TS aprecia un defecto en el acto de conciliación que le priva de sus naturales efectos, pero admite la validez como documento transaccional y añade: «pudiendo sólo discutirse si a la autoridad de cosa juzgada que, indudablemente tiene, le corresponde o no poder seguir la vía de apremio conforme al artículo 1.816 del Código Civil». La sentencia no contiene respuesta, pero entendemos que debe mantenerse la solución negativa porque no se trata de transacción judicial, el juez que interviene en el acto de conciliación no homologa ni aprueba la avenencia. También resulta de interés en la materia la STS de 17 de mayo de 1955, en la que se dice que acordada por el juez la celebración del acto de conciliación después de contestada la demanda y aportada a los autos la celebración del acto conciliar, se levantó la suspensión decretada siguiendo el proceso hasta sentencia sin petición

concreta de las partes y ello no obsta para tenerlo presente al decidir el pleito, ya que contenía un contrato perfecto donde los contendientes transigieron las cuestiones del pleito a tenor del artículo 1.809 del Código Civil y tenía para las partes la autoridad de cosa juzgada según el artículo 1.816 del Código Civil.

E) Sentencia. La doctrina que establece una íntima relación entre la transacción y la sentencia, hasta el punto de considerar a aquélla un equivalente o sustitutivo del juicio jurisdiccional, ha sido mantenida por la mayoría de nuestros civilistas clásicos, entre los que cabe citar a MANRESA, SÁNCHEZ ROMÁN, FALCÓN y DE DIEGO. También es acogida por algunos autores modernos, entre ellos DIEZ-PICAZO y GULLÓN, pues para este último el artículo 1.816 del Código Civil no es una mera duplicación del artículo 1.091. Con la expresión autoridad de cosa juzgada se quiere decir que es algo más que un contrato del que surge una ley privada, se le quiere dar eficacia procesal. Con independencia de la similitud de requisitos entre las dos excepciones, con independencia de si cabe hablar de efecto positivo y efecto negativo, como hace la STS de 10 de abril de 1985, la realidad es que no se trata de cosa juzgada formal, ni material, ni vinculación del juez reconociendo el convenio transaccional la virtualidad modificadora de las relaciones jurídicas materiales que tuvo dicho acuerdo válido y eficaz, como podría haberlo tenido cualquier otro contrato. Las principales diferencias entre la transacción y la sentencia se pueden resumir en los siguientes puntos: *a)* No existe identidad conceptual, como dispone la STS de 29 de septiembre de 1984; *b)* la transacción consiste en un arreglo dispositivo de las partes en tanto la sentencia es una decisión de la autoridad; *c)* en la primera no hay juicio o actividad lógica discursiva y además no se da la razón a ninguna de las partes; *d)* la transacción contempla un litigio suscitado o por suscitarse, mientras que la sentencia opera siempre respecto de un litigio suscitado; *e)* varía la interpretación a realizar; *f)* la sentencia es irrevocable, en cambio, cabe la posibilidad de impugnar la transacción por nulidad o anulabilidad e incluso se admite la resolución; *g)* la transacción extrajudicial no es título ejecutivo salvo que conste en escritura pública; *h)* a diferencia de la sentencia, la transacción extrajudicial que no consta en escritura pública no otorga preferencia crediticia, e *i)* la sentencia tiene la cualidad de la indivisibilidad, nota que no es pacífica cuando se trata de la transacción.

VII. ELEMENTOS

Los artículos 1.810 a 1.812 del Código Civil exigen a los contratos que afecten a hijos bajo la patria potestad, tutelados y personas jurídicas, los mismos requisitos que para enajenar los bienes. No se puede transigir sobre las siguientes materias: 1) El estado civil de las personas —art. 1.814 del Código Civil—; 2) los alimentos futuros —art. 1.814 del Código Civil—. Se trata de la obligación legal de alimentos entre parientes. El precepto citado se refiere tanto a la declaración del derecho a percibir alimentos como a las prestaciones no vencidas, pero puede transigirse sobre las prestaciones ya exigibles y sobre la medida en que han de prestarse los alimentos; 3) las cuestiones matrimoniales —art. 1.814 del Código Civil—. Esta prohibición debe interpretarse restrictivamente a la luz de la libertad de pacto entre cónyuges en materia económica e incluso de la posibilidad de pactar un convenio regulador de la separación matrimonial, la nulidad y el divorcio. En realidad,

los cónyuges sólo tienen prohibido transigir sobre la existencia y subsistencia del matrimonio, por ejemplo, declarar nulo su matrimonio de mutuo acuerdo, porque es cuestión esta sometida en exclusiva al conocimiento judicial. Además, serían válidos los pactos por los que, después de contraer matrimonio, sin separarse, los cónyuges renuncian a la exigibilidad de alguno de los derechos mencionados siempre que no se respete la dignidad de la otra persona, puesto que en la separación de hecho convencional también se produce esa renuncia; y 4) la acción pública para la imposición de la pena legal —acción penal— —art. 1.813 del Código Civil—. Las SSTs de 7 de octubre de 1997 y de 25 de mayo de 1999 declararon que, así como la pretensión punitiva no puede ser objeto de disposición, con las consecuencias civiles de los delitos o faltas pueden ser objeto de transacción. Tampoco se puede transigir sobre aquellas materias en las que no existe ámbito de disponibilidad, como sucede con las cosas que están fuera del comercio o cuando están afectas a prohibiciones de disponer. También se puede transigir sobre los derechos de la personalidad a salvo la posibilidad de consentimiento del titular. Por su parte, la jurisprudencia en SSTs de 20 de octubre de 1928 y 29 de abril de 1966 es partidaria de la libertad de forma para este contrato, pero cuando se afecten bienes inmuebles por actos susceptibles de acceso al Registro de la Propiedad se estará a lo dispuesto en la legislación hipotecaria al efecto.

VIII. EFECTOS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.816 del Código Civil, la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada y concreta al efecto en las partes contratantes, lo que es lógico, pues la transacción, dada la naturaleza de la materia sobre la que puede recaer, y habida cuenta del principio de relatividad de los contratos, no puede extender su ámbito de eficacia a los no intervinientes —terceros— salvo que traigan causa de aquellas SSTs de 2 de abril de 1904, 14 de junio de 1911, 6 de abril de 1949, 28 de septiembre de 1984 y 4 de abril de 1991, sin embargo, no procedería la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial. Pero, lo que dispone este precepto no dista mucho de lo que los artículos 1.091 y 1.278 del Código Civil establecen por su parte, pues la transacción extrajudicial ni siquiera tiene aparejada vía de apremio, en caso de incumplimiento de lo pactado habría que acudir a los órganos judiciales y obtener sentencia favorable para poder exigir el cumplimiento, así la STS de 30 de julio de 1996 indicó con claridad que la transacción extrajudicial es un contrato y su perfección y cumplimiento está sujeto a las reglas generales de los contratos. Todo esto se entiende si pensamos en que la transacción al eliminar la incertidumbre jurídica evita el pronunciamiento judicial o provisionalmente en la extrajudicial y es que las partes no pueden volver a plantear la controversia, pues para ellas la cuestión ya está decidida, pero todo eso deja a salvo que se pueda volver a analizar el contenido del acuerdo y los efectos queridos por las partes a través de la anulabilidad de la transacción o de resolución del contrato por incumplimiento. También hemos de decir que la transacción es de interpretación estricta, pues a tenor del artículo 1815.I del Código Civil, la transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente por ella o que por una inducción necesaria de sus palabras deben reputarse comprendidos en la misma, añadiendo el párrafo segundo de

este artículo que la renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre la que ha recaído la transacción. La transacción pone fin a la controversia. Cuando se trata de una transacción que resuelve un conflicto que ya está planteado a nivel judicial, debe ponerse en conocimiento del juez o tribunal que estuviera conociendo del asunto pues al haber aportado las partes al juez el acuerdo y haberse incorporado al procedimiento, se explica que los efectos de la transacción sean semejantes a los de la sentencia, pero sólo a efectos de ejecución de lo transigido y es que para que pueda hablarse de transacción judicial, el juez debe aprobarla comprobando si existen los requisitos de la misma, a este respecto hemos de citar la STS de 21 de abril de 1942. Por su parte, el artículo 19.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuera conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin, y tal acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Por su parte, el artículo 517.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil concede acción ejecutiva a las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, y el 580 exime de la realización del trámite de requerimiento de pago al ejecutado para proceder al embargo de sus bienes cuando el título ejecutivo consista en resoluciones judiciales que aprueben transacciones o convenios alcanzados dentro del proceso, que obliguen a entregar cantidades determinadas de dinero. Por otra parte, la transacción que consta en documento público puede servir como causa de oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales.

IX. LA TRANSACCIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO (BOE 8 DE ENERO)

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 se refiere a la transacción en diversos preceptos que vamos a sistematizar en los siguientes apartados:

- Reconocimiento como uno de los modos de disposición del proceso: Se establece que los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio transigiendo sobre el mismo. Estimular los acuerdos o transacciones constituye una aspiración de la nueva normativa, que incluye entre las funciones de la audiencia previa al juicio la de intentar un arreglo o transacción. Se establece una equiparación entre ambos, de tal modo que los acuerdos y transacciones, aprobados u homologados judicialmente, si impugnán por las mismas causas y en la misma forma y tienen la misma eficacia jurídica.
- Exclusiones: Se excluyen de la transacción cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero y con carácter específico en los procesos siguientes: Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad; los de filiación, paternidad y maternidad; los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos; los que versen exclusivamente sobre la guarda y

custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores; los de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesíásticas en materia matrimonial; los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y los que versen sobre la necesidad de asentamiento en la adopción.

- Momento: Puede tener lugar en cualquier momento del proceso declarativo, tanto en la primera instancia como durante los recursos, pero no cabe en período de ejecución de sentencia porque ya no hay controversia, sin embargo, nada obsta a admitir la transacción en incidentes de ejecución sobre cuestiones no resueltas en la sentencia o título que se ejecuta.
- Transacción judicial: Las partes, durante el proceso, pueden convenir la transacción extrajudicial o la judicial.
- Ámbito de la homologación judicial: El Tribunal ha de examinar la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados que asisten al acto. Cuando la transacción haya sido otorgada por procurador se exige tenga poder especial. La resolución judicial de aprobación de transacciones y convenios revestirá la forma de auto.
- Efectos de la transacción judicial: El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. La transacción judicial constituye título para la vía de apremio, como dice el artículo 1.816 del Código Civil, o título ejecutivo, título que tiene aparejada ejecución.
- Excepción de transacción: Se admite la posibilidad de invocar la transacción siempre que conste en documento público como excepción a la acción ejecutiva fundada en algún título ejecutivo.

X. SU INCUMPLIMIENTO

Llega ahora el momento de preguntarnos si cabe resolver el contrato por incumplimiento regresando a la relación jurídica existente con anterioridad a la transacción, que sucede si se incumple lo pactado en la transacción. A estas preguntas hemos de responder que en opinión de LACRUZ a través de la transacción se solventa de manera decisiva la cuestión que enfrenta a los transigentes. Para PUIG BRUTAU, las partes excluyen que puedan de nuevo ser invocadas las relaciones anteriores, inciertas o litigiosas. LASARTE, por su parte, opina que la propia jurisprudencia es particularmente rigurosa ante el intento de cualquiera de los transigentes de replantear judicialmente el conflicto superado. Por otro lado, una parte de la doctrina jurisprudencial se decanta por esta línea que veda el regreso a la situación anterior y el recurso a la técnica de la novación, así la STS de 6 de febrero de 1959 estableció que no es acertado aplicar normas peculiares de la novación al contrato de transacción, que las tiene propias. Las SSTS de 14 de marzo de 1955 y de 10 de abril de 1964 estimaron que el elemento esencial de la transacción está constituido por el designio de poner término a su litigio. Las SSTS de 20 de abril de 1989 y 30

de enero de 1999 consideraron que no era lícito exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre dio lugar a su conclusión, sino que será ésta quien regule las relaciones futuras, y la STS de 29 de junio de 1998 mantuvo que la transacción borra el pasado. No obstante, hay otra STS, como la de 11 de noviembre de 1904, que determinó que si nada se dice en cuanto a la validez de pactos anteriores, es forzoso estimar la eficacia de éstos en cuanto no aparezcan modificados por la transacción. La STS de 8 de febrero de 1926 recuerda la forma de operar de la novación, pues el Código Civil sanciona dos consecuencias que le son inherentes: una, la extinción de los derechos y acciones que la motivan, y otra, la creación de nuevos vínculos u obligaciones en sustitución de los extinguidos. Por su parte, la STS de 19 de diciembre de 1960 dio paso a la posibilidad de una transacción meramente modificativa, cuando expresaba que mediante la transacción se crea un nuevo vínculo obligacional, sustituyendo al anterior, bien en su totalidad o en parte modificando sus condiciones y sentencias recientes como las de 27 de noviembre y 29 de julio de 1998 mantuvieron la aplicación de las notas de la novación. Por otro lado, la STS de 26 de abril de 1963 indica que los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nueva situación y en el cumplimiento de las obligaciones fijadas en la transacción y, además, sin querer decir que tales obligaciones se rijan por normas distintas a las establecidas con carácter general pues esto requeriría un precepto legal de excepción que la ley no establece ni se deduce de su articulado; esta sentencia lo que hace es confirmar la eficacia novativa de la transacción permitiendo el mecanismo de la resolución de la transacción a través del cual se puede regresar a la situación preexistente. Y la STS de 16 de noviembre de 1998 confirma, por su parte, que es posible resolver por incumplimiento el contrato de transacción. Hay autores que analizan las analogías y las diferencias existentes entre las figuras de la novación y de la transacción y reconocen la posibilidad de que la transacción sea novatoria. Así para PUIG BRUTAU, no hay duda de que la transacción ofrece una indudable semejanza con la novación, pero debido al amplio contenido que puede tener el contrato transaccional, es preferible no prejuzgar si tiene carácter novatorio. Para LACRUZ, concluida la transacción, queda liquidada y precluye toda discusión sobre la situación o relación jurídico-material, pues si alguna de las partes intentase debatir la discusión ante los órganos jurisdiccionales, la otra podría oponerle útilmente. Por lo tanto, aunque admitiésemos, como mera hipótesis, que la transacción impida extraer del olvido hechos que configuraban la relación jurídica anterior, siempre cabría volver a esa relación mediante el mecanismo de la resolución por incumplimiento. Así, si una parte incumple lo pactado en el contrato de transacción, la otra, en disposición de cumplir, podrá optar entre reclamar el cumplimiento o resolver la transacción, es decir, podrá optar entre reclamar la antigua o la nueva prestación. Además, puede suceder que las partes que transigen, en uso de su libertad contractual, decidan no afectar al núcleo fundamental de la relación obligatoria preexistente, conservando tal disciplina en todo lo que no sea alterado por el convenio transaccional. También puede suceder que las partes decidan efectuar una situación global de la nueva relación obligatoria por la antigua. Pero en ambos casos, el juzgador deberá interpretar la voluntad de los contratantes sin darse por satisfecho al comprobar que se encuentra frente a una transacción y aplicar el efecto extintivo. Para Díez-PICAZO y GULLÓN, la transacción no es oponible a terceros, no les

puede perjudicar, al igual que sucede con las sentencias judiciales, puesto que una cosa es que la sentencia y el contrato de transacción sólo vinculen a las partes litigantes o contratantes, y otra es que las demás personas hayan de tener o no en cuenta lo establecido en la sentencia o contrato.

XI. INEFICACIA

La transacción es ineficaz por las siguientes causas:

1.º) Por vicios del consentimiento: error, dolo y violencia. El artículo 1817.I del Código Civil menciona también la falsedad de documentos que podría ser un supuesto de dolo. No se menciona la intimidación que, a nuestro juicio, seguiría siendo causa de anulabilidad por aplicación de las reglas generales de ineficacia. Por su parte, el párrafo segundo del citado precepto establece que, sin embargo, no podrá una de las partes oponer el error de derecho a la otra siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado. La posición de la jurisprudencia en relación con los vicios del consentimiento puede resumirse en los siguientes extremos: No se admite la aplicación de la doctrina del error de derecho en sede de transacción, tal y como disponen las SSTS de 12 de febrero de 1898, 20 de marzo de 1951, 16 de diciembre de 1953 y 20 de diciembre de 2000. No se acreditó la existencia de violencia —tal como disponen las SSTS de 11 de diciembre de 1901 y 27 de mayo de 1902.

El artículo 1.818 del Código Civil, por su parte, se ocupa de analizar la anulabilidad por dolo, pues dispone que el descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular o rescindir la transacción si no ha habido mala fe, por lo que dicha norma tiene carácter restrictivo o limitativo del alcance del citado artículo 1.817, párrafo primero (STS de 3 de mayo de 1958).

2.º) Por ignorar alguna de las partes interesadas la existencia de una sentencia firme y el contratante pueda pedir que se rescinda la transacción. Por el contrario, si la sentencia no es firme porque podría revocarse a través de los correspondientes recursos jurisdiccionales, su conocimiento posterior no es causa para atacar la transacción (art. 1.819 del Código Civil). No se trata —ahora— de un supuesto de rescisión, que es un tipo de ineficacia funcional que requiere la existencia de un contrato inicialmente válido y eficaz por lo que nos encontramos en presencia de la anulabilidad por error excusable sobre los presupuestos básicos del contrato. Nuestro derecho positivo acoge la doctrina tradicional de la irrelevancia del error sobre el punto controvertido o discutido mientras que el error concierne a la cuestión no discutida, siendo perfectamente factible la impugnación por error y es que si se discutió sobre una cuestión concreta y se transigió sobre ella, no cabe retomar a la misma discusión alegando error sobre la cuantía, que fue precisamente la cuestión dudosa o incierta que originó la transacción, y como dispuso la STS de 16 de diciembre de 1953 es muy propio de la transacción que las partes la consientan por tener alguna duda sobre la realidad de sus derechos, pero la discusión sobre la cuantía —pensando que el contrato del que deriva la divergencia es eficaz— y posteriormente se descubre que hubo error sobre esa eficacia, ese error podría ser relevante para impugnar la transacción. En opinión de ALBALADEJO, la distinción entre el error sobre el punto controvertido o discutido y el error concerniente a la cuestión no discutida no resuelve el problema del error transaccional que se rige por las reglas generales de la ineficacia del

contrato. También la jurisprudencia en STS de 19 de diciembre de 1960 y 23 de junio de 1962, entre otras, ha admitido la distinción como relevante a efectos de ineficacia y puede seguir jugando un papel relevante como criterio no exclusivo al que también puede acudir el juez. No se acreditó la existencia de intimidación, así lo manifiesta la STS de 30 de junio de 2001. Tampoco se acreditó la existencia de dolo, tal y como manifiestan las SSTS de 11 de diciembre de 1901, 27 de diciembre de 1902, 23 de junio de 1962, 18 de junio de 1964 y 30 de junio de 2001. No se apreció la existencia de error de derecho, como mantienen las SSTS de 3 de junio de 1958, 27 de noviembre de 1987, 11 de marzo de 1991 y 20 de diciembre de 2000. También se estima el error de hecho, citando a este respecto las SSTS de 20 de marzo de 1951 y 27 de mayo de 1982. Otras declaraciones de interés como la anulabilidad debe ser objeto de interpretación restrictiva, como reflejan las SSTS de 9 de noviembre de 1971 y 30 de junio de 2001, para llegar a la nulidad del convenio transaccional se previa una cumplida demostración del vicio del consentimiento, a este respecto hemos de citar la STS de 14 de mayo de 1982. Además cabe pedir, añadir o adicionar la nulidad en réplica, tal y como dispone la STS de 6 de noviembre de 1965. No consta, además, que la jurisprudencia haya abordado de forma directa el tema del error en la perspectiva de la doctrina que distingue los aspectos de controversia o de no controversia, a este respecto son de interés las SSTS de 6 de noviembre de 1965, 27 de mayo de 1982 y 20 de diciembre de 2000 porque resuelven supuestos frecuentes en la práctica y que hacen referencia a transacciones o renunciaciones que en realidad son auténticos convenios transaccionales en relación con indemnizaciones derivadas de culpa extracontractual. La STS de 5 de noviembre de 1965 admite la existencia de error en la sustancia con base en la engañosa creencia de su total e inmediato reestablecimiento. La STS de 27 de mayo de 1982 no considera incompatible la apreciación del error con la cosa juzgada porque la transacción es un contrato y aplica la doctrina del error esencial.

XII. CONCLUSIONES

Hemos de concluir diciendo que la transacción es un contrato causal, un sector doctrinal simpatizó con la postura abstracta a la que se refirieron sentencias como las de 6 de noviembre de 1993 y 20 de diciembre de 2000, pero ni la concepción del contrato abstracto ni la relativa a la hipotética abstracción de los negocios son asumibles, aparte de que supondría tratar de insertar consecuencias de una doctrina germanicista que es ajena al sistema de nuestro ordenamiento jurídico contractual eminentemente causalista y es que el tema de la determinación de la causa de la transacción no es plácido. No cabe duda de que la causa es un elemento esencial del negocio transaccional y que se identifica con su finalidad o función, económico-social o práctica, pero, en tanto algunos autores ponen la nota en los mutuos sacrificios o recíprocas concesiones o acuerdos, otros atienden a la evitación de la incertidumbre o de la litis. La finalidad o función del convenio transaccional es, por tanto, rehuir el pleito y solventar la disputa eliminando la incertidumbre, finalidad esta que fue recogida y resaltada por reiterada jurisprudencia entre las que cabe citar las SSTS de 8 de marzo de 1962 y 8 de octubre de 1963, algunas destacan el aspecto de solventar diferencias, resolver o dirimir divergencias entre las partes en la forma y modo que convengan quienes las conciertan, así lo disponen las

SSTS de 29 de abril de 1966 y 30 de octubre de 1989; otras se ocupan de poner de relieve el ánimo de dar certidumbre y sustituir la relación jurídica incierta y puesta en litigio o susceptible de serlo —así lo disponen las SSTS entre las que citamos las de 19 de diciembre de 1960 y 20 de diciembre de 1960 y 20 de diciembre de 2000—; otra sentencia —la de 6 de noviembre de 1993— habla de sustituir una relación dudosa por otra cierta e incontestable. Por último decir que es obvia la diferencia entre la causa de la transacción y que la transacción es un contrato que puede servir de causa a las más diversas de las obligaciones, diferencia que a veces se manifiesta con nitidez en nuestra propia doctrina jurisprudencial.

RESUMEN

TRANSACCIÓN

El contrato de transacción hay que referirlo a todo convenio dispositivo por medio del cual y mediante recíprocas prestaciones y sacrificios se eliminan pleitos pendientes o futuros y también la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica, la que mediante pacto se revise de configuración cierta y determinada vinculante. La transacción pone fin a la incertidumbre.

ABSTRACT

TRANSACTION

«Transaction agreement» is the term referring to any set of agreed-to provisions whereby, by means of reciprocal considerations and sacrifices, pending and future litigation is eliminated, as is the parties uncertainty about the legal relationship at issue, which uncertainty is, by pact, endowed with a binding, definite, determined configuration. A transaction puts an end to uncertainty.

EL ARRENDAMIENTO COMO ACTO DE ADMINISTRACIÓN OTORGADO POR MAYORÍA DE LOS COPROPIETARIOS: REFLEXIONES ACERCA DE LA RDGRN DE 22 DE ABRIL DE 2006.

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Licenciada en Derecho

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina romanista ha legado al derecho moderno un concepto excesivamente amplio del contrato de arrendamiento a través de la figura jurídica de la *locatio conductio*, englobando dentro de él, el de cosas, obras y servicios.

En base a una concepción unitaria del contrato de arrendamiento, podemos definirlo como contrato consensual, por el que a cambio de un precio o remuneración, una persona se obliga a procurar a otra el uso y disfrute o simplemente el uso, a prestarle temporalmente sus servicios o a hacer por cuenta de ella una obra determinada.

Si bien, como manifiestan DIEZ PICAZO y GULLÓN (1): «La unificación es puramente formal y falta toda razón de unidad entre los contratos referentes a cosas, obras y servicios, como lo demuestra el hecho de que las pretendidas disposiciones generales del Código no pasen de ser meros intentos de definición, sin que exista en rigor ninguna norma común a todas estas figuras».

Justamente por estas razones, los Códigos Civiles modernos como el alemán, el suizo y el italiano, regulan separadamente las diferentes especies de arrendamiento, distinguiendo los arrendamientos de cosas de los contratos de servicios y de empresas y dentro de los primeros, los arrendamientos de uso y los de uso y disfrute.

Nuestro Código Civil, siguiendo la pauta del francés, regula conjuntamente las tres clásicas formas del arrendamiento en el título VI del libro IV, tipificando en el artículo 1.542: «El arrendamiento puede ser de cosas, obras o servicios».

Centrándonos en el arrendamiento de cosas —que va a ser objeto de nuestro estudio—, la jurisprudencia califica como tal la convención por la que se pacta la cesión de uso o disfrute del objeto locado por cierto tiempo y por precio determinado, aunque se añadan otras estipulaciones que no desvirtúen la esencia jurídica del negocio, es decir, del arrendamiento (STS 8-1-1990). Por tanto, el contrato será calificado de arrendamiento con independencia de las cláusulas que contenga, si del mismo se desprende que tiene como objeto el uso de una finca por tiempo cierto y a cambio de un precio determinado.

Sin entrar en el tantas veces discutido tema de su naturaleza jurídica, que en la actualidad es más una cuestión teórica que práctica, considero más interesante resaltar otros aspectos relativos a la relación o situación jurídica *per se*, así como su consideración como acto de administración o de disposición.

II. EL ARRENDAMIENTO COMO ACTO DE ADMINISTRACIÓN

La cuestión relativa a si el arrendamiento es un acto de administración o de disposición representa una dicotomía que responde más a la finalidad perseguida que a la naturaleza intrínseca del acto (2) y que tiene especial incidencia tanto en su régimen jurídico como en la capacidad exigida para su realización.

Como regla general, podemos decir que el arrendamiento es un acto de administración, sin perjuicio de que en ocasiones su trascendencia económica o los pactos a que han llegado las partes hagan tránsito a su consideración como acto de disposición.

En cuanto a su precisión terminológica, entendemos por acto de administración el que tiene por finalidad la conservación y explotación de un inmueble, mientras que acto de disposición en sentido amplio es el que comprende

(1) DIEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1998, 2.^a ed., pág. 278.

(2) Así lo entienden DIEZ PICAZO y GULLÓN, *El sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1994, pág. 492, y GITRAMA, «El acto de administración en el Derecho Civil», en *AAMN*, t. XIX, 1976, pág. 337.

los actos de enajenación y gravamen y, como señala PAU PEDRÓN (3), tiene por objeto:

- un efecto traslativo o constitutivo, de manera que una persona adquiere un derecho del titular anterior —acto de disposición en sentido estricto—, ejemplo: compraventa, donación;
- un efecto de modificación físico-jurídica en los que el acto que se produce es unilateral —acto de riguroso dominio—, ejemplo: modificaciones hipotecarias, cancelación registral.

III. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

En el caso de comunidad de propietarios, bastará el consentimiento de quienes ostenten la mayoría en la comunidad para la celebración del arrendamiento, salvo los supuestos en que por su duración o por sus estipulaciones exceda de la mera administración y deba ser considerado como acto de disposición o de gravamen.

El contrato de arrendamiento es un negocio jurídico calificado por la doctrina y la jurisprudencia como acto de administración y por tanto se rige por el artículo 398 del Código Civil, que establece que son válidos y obligatorios los acuerdos de la mayoría. Es el criterio sentado en sentencias de 19-2-1964, 29-5-1976, 2-11-1978 y 25-9-1995.

El TS en sentencia de 24-1-1966 establece la siguiente distinción: Mientras los actos de simple administración se refieren al aprovechamiento y son de resultados transitorios, las alteraciones a que se refiere el artículo 397 del Código Civil son de resultado permanente y afectan a la sustancia o a la forma de la cosa, y con base en esta distinción la doctrina del TS tiene reiteradamente establecido que el arrendamiento es un acto de administración.

Siguiendo esta línea, la STS de 28-3-1990 señala: «El arrendamiento es un acto de administración si bien ello quiebra cuando o bien por la naturaleza de la cosa o bien por el largo tiempo que para su duración se estipula en el contrato puede constituir un derecho real a favor del arrendatario, inscribible en el RP», por lo que al rebasar los límites de la pura administración, la demandada no se hallaba facultada como condueña, aún representando la mayoría de intereses, para dar en arriendo un piso común al exceder el plazo del arrendamiento de seis años.

Se atiende por tanto a la naturaleza de las cosas y a la duración del contrato como pauta a efectos de determinar los requisitos necesarios para la constitución del arrendamiento.

IV. REFLEXIONES ACERCA DE LA RDGRN DE 22 DE ABRIL DE 2006

Se otorga por los dueños de dos terceras partes indivisas de una finca urbana escritura de contrato de arrendamiento por un plazo de cinco años. La escritura se califica como «arrendamiento para uso distinto del de vivienda», pero su objeto es una porción de suelo urbano sobre parte de la cual existe

(3) PAU PEDRÓN, A., «La capacidad en los negocios sobre inmuebles», en *RCDI*, 1996, pág. 725.

una nave industrial que queda exceptuada del arrendamiento, ya que estaba afecta a un arrendamiento previo.

Se concierta el arrendamiento por un período de cinco años, consignándose expresamente que era para uso distinto del de vivienda, por lo que en base al artículo 4.3 de la LAU, el contrato se regiría por la voluntad de las partes, en su defecto por lo dispuesto en el título III de la LAU y supletoriamente por el Código Civil.

El Registrador suspende la inscripción porque «estando el inmueble inscrito por una tercera parte y *pro indiviso*, el arrendamiento de la totalidad debe ser consentido por todos los copropietarios por exigencia del principio de legitimación y consentimiento (art. 38 de la LH en relación con el art. 399 de Código Civil)».

La DGRN estima el recurso y siguiendo la postura mantenida en las Resoluciones de 26-4-1907 y 7-4-1938 establece lo siguiente:

1. El contrato de arrendamiento es, por su naturaleza y objeto, uno de los medios de aprovechamiento o disfrute de bienes no fungibles y como tal puede ser acordado por los dueños de la cosa común, siempre que representen la mayoría de intereses de la comunidad, siendo obligatorio el acuerdo para los demás.

2. La naturaleza jurídica y condiciones propias de la comunidad de bienes determinan como conveniente o necesaria la sumisión de los que menos intereses tienen a los que tienen más, debiendo considerarse el arrendamiento como acto de mera explotación y contratable por acuerdo de la mayoría de los condueños ex artículo 398 del Código Civil (4), quedando a los demás interesados el derecho de acudir al juez cuando el acuerdo fuera gravemente perjudicial a los mismos (no basta con que el perjuicio sea meramente potencial).

3. La falta de citación a los condueños que no han concurrido al otorgamiento de la escritura para adoptar el acuerdo de arrendamiento no puede considerarse como causa de nulidad, ya que la ley no contempla la forma en que han de adoptarse esta clase de acuerdos.

Esta ausencia de formalidad, como ha señalado la jurisprudencia, ha llevado incluso a entender que el comunero mayoritario pueda realizar válidamente los actos de administración que tenga por conveniente sin haber dado la oportunidad a los demás comuneros de ser oídos (5).

No obstante, debemos distinguir dos esferas distintas:

- En la esfera externa, la jurisprudencia afirma que lo importante es que se haya tomado el acuerdo o ejecutado el acto de administración por mayoría, no lo pueden discutir los demás ni tampoco los terceros; pero en la relación interna no se puede pretender que sean obligatorios para

(4) La mayoría a que se refiere el artículo 398 es de intereses y no de personas. El recurso al juez procede en dos casos: 1. Si no hubiere o resultare mayoría, lo que puede surgir no sólo en caso de empate, sino también cuando hay silencio o no actuación entre los copropietarios. 2. Si el acuerdo fuera gravemente perjudicial, se trata de un concepto indeterminado que ha de concretarse en cada caso particular.

(5) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1984, pág. 99, se pronuncian a favor de que sean citados los comuneros a fin de deliberar y tomar el acuerdo pertinente; en contra de esta opinión se manifiestan las sentencias de 12-12-1983 y la de 18-6-1984, que no exige ni siquiera una reunión *ad hoc*, y desestima el recurso que alegaba la falta de citación y audiencia a uno de los comuneros.

los demás comuneros si no se les comunicó, por tanto no se les pueden imponer las consecuencias de dicho acto de administración sino desde que han tenido conocimiento del mismo, dando así al acuerdo en la esfera interna, carácter recepticio.

- En la doctrina alemana se hace un planteamiento similar y se propone la indemnización de los daños a los comuneros minoritarios, ya que no es justo que sufran los perjuicios de un acto tomado sin su conocimiento (6).

OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS

1. La calificación del contrato como arrendamiento para uso distinto del de vivienda, cuando lo que se arrienda es un solar.

En base al artículo 3.1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre: «Se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda, aquel arrendamiento que recayendo sobre una edificación tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el apartado anterior».

El hecho de que recaiga sobre edificaciones, entendiéndose por tales las construcciones adheridas al suelo, hace que los arrendamientos de solares queden excluidos del ámbito de la LAU y sometidos a la regulación del Código Civil (7).

La jurisprudencia ha planteado el conflicto sobre la posible aplicación de la LAU cuando en el solar se construyera una edificación con posterioridad a la celebración del contrato:

- En los supuestos regulados por la Ley de 1964, el criterio jurisprudencial seguido es atender a la naturaleza jurídica del objeto del contrato en el momento de llevarse a cabo.
- Bajo la vigencia de la Ley actual, el artículo 3.1 utiliza la expresión «el arrendamiento que recayendo sobre una edificación», lo que elimina cualquier tipo de duda.

Por tanto, no existiendo edificación, no cabe hablar de arrendamiento para uso distinto del de vivienda sometido a LAU. Así la STS de 13-12-1993 considera que no es arrendamiento sujeto a LAU, el arrendamiento de terreno, aún cuando el arrendador permitiera simultánea o posteriormente al arrendatario la realización de edificaciones sobre el terreno objeto del arrendamiento, ya que siguiendo el criterio sentado en las sentencias del TS de 3 de mayo de 1990, 23 de diciembre de 1972 y 10 de octubre de 1970, la calificación de los contratos ha de hacerse atendiendo al momento de su celebración, es decir, al momento en que se entrega la cosa cuyo uso se cede, sin que haya que entender modificado el contrato por la posterior autorización para construir.

2. A efectos de capacidad, el arrendamiento ha sido tradicionalmente considerado como acto de administración, por lo que bastaría para su realización la capacidad general para celebrar tales actos, siendo sólo necesaria la

(6) Véase el planteamiento de esta cuestión en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBADALEJO, tomo V, vol. 2.º, págs. 406 y sigs.

(7) En contra, se pronuncia FUENTES LOJO, *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Barcelona, 1995, pág. 23.

capacidad dispositiva cuando se trate de arrendamientos que por sus estipulaciones o por su duración puedan ser considerados como actos de disposición o asimilados a éstos.

Existen limitaciones en materia de capacidad, como la que se impone al padre o tutor respecto de los bienes de los menores o incapacitados y a los administradores sin poder especial cuando la duración del arrendamiento exceda de seis años. Así se deriva del artículo 1.548 del Código Civil. Con esta limitación se trata de proteger los efectos que el contrato de arrendamiento puede producir respecto de terceros y se establece la duración del contrato como pauta para determinar los requisitos exigibles en su constitución.

Distinguiamos los siguientes supuestos:

A) MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD O INCAPACITADOS SUJETOS A TUTELA

Los padres o tutores pueden dar en arrendamiento los bienes de los menores o incapaces por un plazo de seis años o menos sin necesidad de autorización judicial; en el caso de que exceda de dicha duración, necesitan autorización judicial. Así resulta del juego de los artículos 271.7 y 166 del Código Civil.

Si existe conflicto de intereses, es necesario el nombramiento de un defensor judicial (arts. 163 y 299 del Código Civil), que deberá obtener autorización judicial en los mismos casos que los padres o tutores.

En opinión de LUCAS FERNÁNDEZ (8), este límite al que se refiere el artículo 1.548 del Código Civil viene impuesto por la naturaleza específica del acto de administración, tendente a conservar el bien y a obtener los rendimientos normales de que fuera susceptible, sin alterarlo ni comprometerlo con obligaciones que por su trascendencia posterior puedan afectar a su propia integridad o que por su duración en el tiempo limiten la libertad del propietario más allá de lo que se considera indispensable para obtener un rendimiento adecuado, y en este sentido nuestro Código Civil establece un límite temporal de seis años.

Llegados a este punto, nos podemos preguntar, ¿qué ocurre en los supuestos en los que el padre, tutor o administrador celebren un contrato de arrendamiento por tiempo superior a seis años sin el poder especial requerido? Como señala MARTÍN CONTRERAS (9), en el caso de los administradores parece lógico pensar que cabe la convalidación con la ratificación del contrato por parte del mandante o mediante el otorgamiento de un poder especial que subsane el error cometido, pero sin embargo en el caso de los padres o tutores, la solución sería distinta, ya que en el supuesto de menores o incapacitados está en juego un principio de orden público que exigiría la previa autorización judicial o también —en mi opinión— la aprobación judicial posterior aunque sin perjudicar los derechos adquiridos en el ínterin por terceros.

(8) LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco, *Comentario del Código Civil*, ed. del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1071 y sigs.

(9) Véase MARTÍN CONTRERAS, Luis, *Los arrendamientos urbanos en el Código Civil: Aspectos sustantivos y procesales*, Granada, 2002, ed. Comares, pág. 81.

B) MENORES EMANCIPADOS

Destacamos dos posturas:

1. Los que consideran en base al artículo 1.548 del Código Civil, que el menor emancipado sólo puede concertar contratos de arrendamientos por sí solo por plazo inferior a seis años (ya que este es el límite fijado por el artículo mencionado para distinguir entre actos de administración y de disposición), por el contrario si el contrato supera los seis años, el menor emancipado necesita complemento de capacidad.

2. Los que entienden —como PAU PEDRÓN— que los menores emancipados pueden celebrar contratos de arrendamiento por sí solos, cualquiera que sea su duración. Posición que comparto, ya que el arrendamiento es un acto de administración y no encontramos en el Código Civil ningún artículo que nos permita afirmar con rotundidad que el arrendamiento concertado por plazo superior a seis años sea un acto de disposición.

Por tanto, dentro de la tendencia moderna a ensanchar el ámbito de actuación del menor emancipado me inclino por esta postura, salvo que en el contrato concurre alguna circunstancia que nos lleve a considerarlo como acto de disposición o gravamen.

C) INCAPACITADOS SUJETOS A CURATELA

Si la sentencia de incapacitación incluye el arrendamiento entre los actos que no puede realizar por sí solo el sujeto a curatela, el incapacitado necesita la intervención del curador para ceder bienes en arriendo por plazo superior a seis años; si la duración del arrendamiento es inferior podrá hacerlo por sí solo.

Si hay conflicto de intereses entre el incapacitado y el curador, será necesario el nombramiento de un defensor judicial (art. 299 del Código Civil), que deberá obtener autorización judicial si el arrendamiento supera el mencionado plazo de seis años.

D) CÓNYUGES

Si el bien es ganancial, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges (art. 1.375 del Código Civil).

Si el bien ha sido adquirido por uno de los cónyuges para su sociedad de gananciales o con carácter presuntivamente ganancial, podrá arrendarlo por sí solo el cónyuge adquirente, así resulta del juego de los artículos 1.384 del Código Civil y 93.4 del RH.

Si el bien es privativo, cualquiera de los cónyuges puede arrendar sus bienes sin autorización del otro, salvo que se trate de la vivienda habitual en cuyo caso sí será necesario el consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial ex artículo 1.320 del Código Civil.

E) APODERADOS

El apoderado puede arrendar inmuebles por un plazo de seis años o menos con poder general, pero para poder hacerlo por plazo superior necesita poder

especial, lo que implica la necesidad de que se le atribuya la facultad de arrendar, sin necesidad de que se especifique el inmueble concreto objeto del arriendo. Hay que tener en cuenta que los poderes han de interpretarse restrictivamente, por ello la DGRN, en Resoluciones antiguas de 1904 y 1907 ha exigido que el poder autorice especialmente al apoderado para celebrar arrendamientos de duración superior a seis años.

3. La exégesis del artículo 398 *versus* 397 del Código Civil, en el sentido de que implantan un diferente régimen jurídico: Si consideramos el arrendamiento como acto de administración, basta el consentimiento de quienes ostenten mayoría de intereses en la comunidad; pero por el contrario, si atendiendo a las circunstancias del caso concreto lo consideramos como acto de disposición, se exigiría el consentimiento unánime de los copropietarios para su celebración.

Como corolario de lo expuesto, la RDGRN de 22 de abril de 2006 sigue la línea jurisprudencial iniciada con las sentencias de 1 de junio de 1909 y de 9 de junio de 1913, posteriormente ratificadas por sentencias de 18 de diciembre de 1973, de 17 de octubre de 1978 y la de 28 de marzo de 1990, así como también por las sentencias de las diferentes Audiencias Provinciales, entre ellas, la SAP de Alicante, de 18 de febrero de 2004; de Baleares, de 25 de marzo de 2004, de las cuales se deriva que el arrendamiento de solar por plazo de cinco años debe ser considerado como acto de administración contractable por acuerdo de la mayoría de los copropietarios en base al artículo 398 del Código Civil, procediendo por tanto —en el caso planteado— la inscripción del arriendo al suscribirse por dos copropietarios que representan dos terceras partes de la plena propiedad de la finca.

RESUMEN

ARRENDAMIENTO

En este trabajo hemos analizado, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, la cuestión relativa a la consideración del arrendamiento como acto de administración o de disposición, lo cual reviste gran trascendencia práctica, ya que difiere su régimen jurídico y la capacidad exigida para su realización.

ABSTRACT

LETTING

In this paper the issue of regarding letting as an act of administration or disposal is analysed from the standpoint of accepted legal thought and case law. The question is of vast practical importance, because it changes the applicable set of laws and the capacity required of a party to a lease.

1.6. Responsabilidad Civil

INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL A UNA MADRE A LA QUE SE LE PRIVA DE LA POSIBILIDAD DE RECUPERAR LA TUTELA EFECTIVA DE SUS HIJOS.

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
Profesora Titular de Derecho Civil. UNED

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El acogimiento puede plantear situaciones peculiares. Ya que si bien se trata de una medida protectora presidida como cualquier otra concerniente a los menores por el principio del interés del menor, a veces puede dejarles en una situación de indefensión. Nos referimos, concretamente, a aquellos supuestos en que habiéndose decretado una situación de desamparo, luego se prueba que no ha existido, y, pese a ello, es imposible el retorno del menor a la familia de origen.

Estos supuestos se han convertido en un verdadero caballo de batalla que hay que solucionar. Un sector doctrinal (1) se ha pronunciado de forma contundente sobre estas situaciones (2). Situaciones que también han sido denunciadas en diferentes foros de debate, por diversos especialistas, ofreciendo soluciones. Pese a las situaciones penosas que se han producido en materia asistencial de menores, empapadas de sufrimientos, al legislador no le ha parecido necesario abordar esta reforma y tomar las medidas pertinentes para que problemas como los aquí denunciados no se vuelvan a producir. Una adecuada regulación podría ayudar a dar celeridad a la resolución de esos conflictos.

Es claro que existen diversos intereses en conflicto, todos ellos dignos de protección, y por encima de todos está el del menor. El problema es que en

(1) Veáanse, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «¿Protección de menores *versus* protección de progenitores? Comentario al AAPP de Sevilla de 3 de febrero de 2000», en *Aranzadi Civil*, 1999, págs. 2193- 2195. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «Acogimiento familiar *versus* paternidad. El derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental», en *La Ley*, 5.189, 22 de noviembre de 2000. CORRAL GARCÍA, E., «El interés del menor y el derecho de los padres a no verse separados de sus hijos», en *Revista General de Derecho*, núm. 682-683, julio-agosto de 2001, págs. 6729 y 6730, y el «El Derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia», en *Aranzadi Civil*, Parte Estudio, núm. 11/2003 (2003). BARBER CÁRCAMO, R., «La subversión constitucional del acogimiento de menores», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Parte Estudio, núm. 17/2002 (2002). DÍEZ GARCÍA, H., «¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?», en *Revista de Derecho Privado*, 2003, págs. 166-208.

(2) Como concluye TOSCANO GIL, F.: «en una materia tan delicada como el acogimiento de menores, requiere no sólo de la máxima prudencia por parte de autoridades judiciales ya administrativas, sino también de una mayor dotación de recursos materiales y de técnicas jurídicas más perfectas», «El acogimiento administrativo de menores: análisis de su problemática en sede judicial», en *Aranzadi*, 2006, pág. 4.

algunos casos ninguno de los intereses en juego queda satisfecho cuando las decisiones sobre los menores se prolongan tanto en el tiempo.

Como acertadamente señala Díez GARCÍA: «cabe preguntarse en qué medida será posible la reinserción del menor acogido en su núcleo familiar de origen cuando, o bien han sido superadas las dificultades que impedirían la atención en su seno, o bien en el caso de que no fuera legítima ya *ab initio* la actuación de la entidad pública al faltar los presupuestos habilitantes para su intervención. Y ello cuando ya el menor se encuentra integrado en una familia acogedora durante cierto lapso de tiempo. Lógicamente, no cabe ofrecer ninguna respuesta unívoca. Sin embargo, resulta ya posible apuntar que, en la mayor parte de los casos, el interés del menor aconsejará mantener el *statu quo*. Pero también evidencia que algo puede fallar en el sistema de protección de menores si la reinserción o el retorno del niño acogido a su propia familia, aun procedente no resulta posible» (3).

Muchos de estos casos han tenido una gran repercusión mediática. Pues bien, al hilo de uno de ellos queremos destacar la problemática que en estos casos se plantea.

Pero conviene, antes de entrar en el fondo del asunto, recordar algunos de los principios inspiradores en materia de protección de menores:

Buscar el interés del menor (4), interés que prima sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir [art. 172.4 y 173.3 del Código Civil, arts. 2, 9, 2, 11.2.a) y Disposición Adicional tercera de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor, art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, y punto 8.14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño].

Procurar la reinserción del menor en su propia familia [arts. 172.4 y 173.bis. 1.º del Código Civil y 11.2.b) de la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del menor y art. 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño].

Procurar que la guarda de hermanos se confíe siempre a una misma institución o persona (art. 172.4 del Código Civil).

(3) Díez GARCÍA, H., *op. cit.*, págs. 170 y 171.

(4) Como afirma PÉREZ MARTÍN, el interés del menor resulta difícil de precisar. Se trata de un concepto jurídico abstracto, indeterminado, pero determinable en cada caso según las circunstancias de hecho. *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*. Valladolid, 1998, pág. 41.

Conforme al Auto del Tribunal Constitucional, núm. 28/2001 (Sala Primera, Sección 1.ª), de 1 de febrero (RAT C2001/28), se trata de normas de orden público, y, por consiguiente, de insoslayable observancia en el Ordenamiento Jurídico español con cita, entre otras, de las siguientes sentencias (SSTC 143/1990 [RTC 1990, 143], 298/1993 [RTC 1993, 298], 187/1996 [RTC 1996, 187], 114/1997 [RTC 1997, 114] y 141/2000 [RTC 2000, 141]). Recurso de Amparo núm. 5258/2000.

Algunos autores, como RIVERO HERNÁNDEZ, F., consideran que el interés del menor puede inicialmente identificarse con la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad y demás derechos fundamentales, en cuanto que su respeto garantiza una protección suficiente al menor..., *El interés del menor*, 2000, pág. 11. Otros, como CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., señalan que: «éste es un principio que en la actualidad, de forma semejante a la buena fe u otros, adquiere la categoría de principio general del Derecho en su función de principio informador del ordenamiento jurídico». «Acogimiento familiar *versus* paternidad. El derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder los hijos por sufrir una enfermedad mental», en *La Ley*, núm. 5189, noviembre de 2000, pág. 7.

Por tanto, si atendemos a esos principios puede afirmarse que existe un derecho del menor a vivir, desarrollarse y educarse en su propia familia natural y biológica, siempre que no vaya en contra de su interés. Y que en caso de que varios hermanos tengan que ser protegidos, que su guarda se confíe a la misma familia. Como señala BERCOVITZ: «La protección del menor no consiste en proporcionarle los mejores padres o guardadores posibles, sino en confiarle a quienes por naturaleza o adopción les corresponde, salvo en los supuestos excepcionales en que los mismos incumplen sus deberes de protección, dando así lugar a una situación de desamparo» (5).

Por tanto, la conjunción de estos principios debe buscarse en cada caso concreto. Lo que no siempre es fácil.

2. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

Para acercarnos a esta problemática en la que se priva indebidamente a los padres naturales de la custodia de sus hijos, vamos a partir de un supuesto concreto (6) del que se ha hecho eco la prensa. Las circunstancias son las siguientes:

Con ocasión de una actuación policial en una vivienda de Sevilla, se constata el estado étlico en que se encontraba una mujer que tenía dos hijos menores de cuatro y cinco años. A partir de tal situación, la Fiscalía de Menores ordena el internamiento de los dos hermanos menores de edad, lo que tuvo lugar en septiembre de 1996, pasando posteriormente a ser dados en acogimiento familiar.

Ninguna otra circunstancia es reprochable a la madre ni determinante de la situación material susceptible de ser calificada como de desamparo.

Ya en el informe socio-educativo del Ayuntamiento, de fecha 3 de abril de 1997 (a los siete meses de la separación de los menores de su madre), se afirma que no se puede cuestionar su papel de madre, en todo momento atenta a las necesidades de sus hijos hasta el punto de pasar ella privaciones, en este sentido en el informe se observa que los menores vestían ropas nuevas, complementos coordinados y calzado adecuado y en buen estado de uso, y por el contrario la madre presentaba un aspecto descuidado, ropas muy usadas y calzado desgastado. El citado informe concluye expresando que el establecimiento del pronóstico de la evolución de la situación de la madre sería una pieza importante para establecer una alternativa de convivencia para sus hijos.

Además, la Asociación de Alcohólicos Rehabilitados (Anclaje), el 30 de enero de 1998, confirma que la madre sigue tratamiento rehabilitador y que desde abril de 1997 mantiene abstinencia absoluta de bebida alcohólica, habiendo sido la evolución en dicho período notable, superando obstáculos y atendiendo sus quehaceres diarios, atendiendo a las citas concertadas, realizando el tratamiento de forma correcta y habiendo pasado al grupo de terapia o segundo nivel debido a su buena evolución.

El médico forense informa, el 13 de abril de 1998, que en tal momento el estado de la madre está dentro de la normalidad, y confirma que desde abril

(5) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *op. cit.*, pág. 2195.

(6) Sobre el mismo supuesto puede verse el reciente comentario de TOSCANO GIL, F., «El acogimiento administrativo de menores: análisis de su problemática en sede judicial», en *Aranzadi*, 2006.

de 1997 no ha vuelto a consumir alcohol, y concluye: «que está en fase de rehabilitación con buen pronóstico». La asociación Anclaje vuelve a confirmar los aludidos pronósticos y la práctica curación en informe de 4 de junio de 1999, y la única particularidad que se le observa es cierta depresión reactiva debido a la separación de sus hijos. Por fin el 12 de noviembre del mismo año, la asociación certifica el alta definitiva (7) ante la insistencia de la recurrente, la asociación Anclaje vuelve a emitir nuevo informe en 1 de marzo de 2000.

La Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, el 12 de noviembre de 1996, declara a los menores en situación de desamparo y son ingresados en un centro de acogida. Pasados siete meses, el 2 de junio de 1997 (8) se dicta una Resolución por la Consejería que ratifica el desamparo y acuerda el acogimiento familiar preadoptivo provisional, con suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los niños con sus familiares, siendo designados los acogedores que desde ese momento se hacen cargo de los niños.

La madre biológica en período de rehabilitación se opone a la declaración de desamparo (cuya incoación se acuerda por providencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 7 de Sevilla, el 2 de junio de 1997), y la Consejería por su parte, promueve el acogimiento preadoptivo el 1 de octubre de 1997. Se acuerda la acumulación de procedimientos, terminando ambos con la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, de 8 de septiembre de 1998, en la que se ratifica la situación legal de desamparo, se constituye el acogimiento preadoptivo y se desestima la oposición de desamparo y el régimen de visitas de la madre biológica con los hijos. Han pasado 16 meses y los niños han convivido con la familia de acogida en régimen preadoptivo. Tienen ya seis y siete años de edad.

La madre biológica recurre en apelación. Durante la tramitación de dicho recurso, los acogedores, al tener conocimiento del procedimiento, presentan en abril del año 2000, un escrito de personación en los autos acumulados de desamparo y acogimiento, con el fin de defender los intereses de los menores que consideran los suyos propios. Pretensión que es rechazada por la Audiencia de Sevilla el 5 de junio del 2000. Frente al citado Auto se interpone recurso de suplica que vuelve a ser inadmitido por Auto de 12 de julio de 2000. El recurso de apelación interpuesto por la madre biológica es estimado por la sentencia de 12 de junio de 2000 (9), que declara que no existía desamparo,

(7) Ante la insistencia de la recurrente, la asociación Anclaje vuelve a emitir nuevo informe en 1 de marzo.

(8) Obsérvese que la madre ya contaba con informes favorables en su lucha por su curación antes de decretarse el acogimiento preadoptivo, afirmándose que no consume alcohol.

(9) Por su interés recogemos un fragmento del Fundamento Jurídico único: en que se pone de manifiesto que «la enfermedad de la madre, felizmente superada gracias a la voluntad, sacrificio y perseverancia..., y ante la inexistencia de obstáculos para el correcto ejercicio de la patria potestad y guarda y custodia de sus hijos, en lo que favorece igualmente el encontrarse actualmente realizando actividad laboral, sólo restaba por conocer si para el preferible retorno de sus hijos a su cuidado y compañía podía haber influido de alguna manera de forma negativa el transcurso del tiempo... o desde que fueron apartados de su madre, sino incluso desde que el Juez *a quo* dictó la resolución recurrida, lo que hacía preciso conocer el estado actual de los menores en la familia que viene ejerciendo como acogedora así como los recuerdos y opinión de los menores hacia su madre ... El resultado de la audiencia a los menores no puede ser más positivo, pues pese a la buena estancia en la actual familia, respecto de la que no ma-

y deja sin efecto el acogimiento familiar preadoptivo constituido judicialmente y ordena la devolución inmediata de los menores con su madre. En ese momento habían pasado cuatro años desde que se decretara el acogimiento preadoptivo de los menores y siete meses más desde que se les separara de su familia de origen. Siendo privados tanto los menores como la madre de cualquier tipo de contacto.

La sentencia de la Audiencia no se ejecuta y la vuelta con la madre no se produce, ya que el Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, a quien corresponde la ejecución de la misma, no la lleva a cabo permaneciendo los niños bajo acogimiento preadoptivo, por considerar que va en contra del interés de los menores.

La situación se complica porque los acogedores recurren ante Tribunal Constitucional, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al negárseles la comparecencia en el proceso de oposición a la declaración de desamparo. La sentencia de 20 de mayo de 2002 del Tribunal Constitucional, estimó el recurso. Anuló los Autos de 5 de junio y de 11 de julio de 2000, dictados por la Audiencia Provincial de Sevilla, así como todas las actuaciones posteriores incluida la sentencia de 12 de junio de 2000, retrayendo las actuaciones judiciales al momento anterior a dictarse dichos autos, manteniéndose respecto a los menores la situación en la que éstos se encontraban para evitarles el perjuicio derivado de los posibles cambios no definitivos, cuando los acogedores presentaron el escrito en defensa de su derecho.

Retrotraídas las actuaciones, la Audiencia Provincial de Sevilla dicta el 26 de diciembre de 2002, una nueva sentencia en la se declara que la situación legal de desamparo nunca ha existido. Se deniega el acogimiento preadoptivo. Se acuerda que los menores vuelvan a convivir bajo la guarda y custodia de la madre y se señala la imposibilidad de ejecutar lo declarado, por lo que ante la imposibilidad de ejecución del reintegro de los menores con su madre (10) se ordena al Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Sevilla, la incoación de «incidente» para la determinación de indemnización sustitutoria que le corresponde a la madre biológica.

nifiestan objeción alguna, y pese al lógico olvido y enfriamiento de sentimientos por el transcurso del tiempo, lo que se acentúa más en unos menores, la memoria de los menores, especialmente de la mayor de los hermanos, no ha quebrado, y es contundente al afirmar que el único problema con su madre era el alcoholismo y que si lo superase le gustaría volver con su madre, siendo de destacar que no se apreció esa confusión mental a la que en algún informe alude el Ministerio Fiscal, pues pese a llamar también madre a la actual acogedora, diferenciaba bien entre una y otra madre, de ahí que no se observe peligro de trastorno alguno si se acordase la reinserción con su familia de origen, esto es, con su madre; no se puede penalizar a los menores apartándolos de su madre biológica, por lo que no ha sido sino una enfermedad por ésta padecida... pues no puede caber duda alguna que es siempre un perjuicio para los menores su apartamiento de sus familias biológicas para entrar en otra acogedora o adoptiva, por mucho cariño o bienes materiales que en la nueva se les dispense; de ahí ...que se procurará siempre la reinserción del menor en su propia familia».

(10) Como afirma acertadamente CORRAL GARCÍA, E., «Si bien estadísticamente estos casos, donde dar marcha atrás es imposible, son una minoría, basta que se produzca uno para que haya que buscar respuestas adecuadas por parte de los poderes públicos, ya que es mucho lo que está en juego: el "derecho a ser feliz" de un menor» en «El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia», en *Aranzadi Civil*, Parte Estudio, núm. 11/2003.

La sentencia de 28 de marzo de 2005, del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, fija la indemnización de 72.670 euros que tiene que abonar la Junta de Andalucía, Consejería de Igualdad y Bienes Social, Delegación Provincial de Sevilla, absolviendo al Estado de todo pronunciamiento condenatorio. Manteniéndose el hijo menor bajo la guarda y custodia del matrimonio constituido por los acogedores y señalando que no cabe fijar ningún régimen de relación y contacto entre el menor con su madre y hermana biológica. La resolución judicial del Juez *a quo*, en la que se determina el importe de la indemnización sustitutoria de la ejecución es recurrida en apelación.

La sentencia de 30 de diciembre de 2005, la Audiencia Provincial de Sevilla resuelve el recurso de apelación y considera que la cuantía de la indemnización debe ascender a un millón cuatrocientos mil euros, que devengará el interés legal, señalando de forma contundente que la resolución del Juez *a quo* tenía que haber tenido la forma de Auto y no de sentencia.

Durante este complicado entramado judicial, la hija vuelve a convivir por su propia voluntad con la madre.

Nosotros consideramos, aunque la materia es sumamente compleja, que debe compartirse la opinión de la Audiencia de que en este caso eran posibles otras actuaciones (11) por parte de la Administración (12), y del órgano judicial *a quo*, que hubiese sido más adecuado otras medidas de intervención de menor intensidad, por ejemplo, considerando que se trataba de una situación de riesgo.

3. DIFERENCIAS ENTRE RIESGO Y DESAMPARO

Como es bien sabido, se considera situación de riesgo la situación que se caracteriza por la existencia de un perjuicio para el menor, que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar. En estos casos, la intervención de la Administración debe limitarse a eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo. La situación de desamparo (13), por el contrario, se caracteriza porque la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, asumiendo la entidad pública la tutela o guarda del menor (14).

(11) La sentencia de 12 de junio de 2000, afirma en su Fundamento único: «no cabe duda que lo es, la Administración y el Ministerio Fiscal en su momento, así como el Juez *a quo* al confirmarlo, no actuaron conforme con tales postulados, porque, en efecto, eran posibles otras actuaciones, tales como un seguimiento íntimo respecto de la pronta y rigurosa rehabilitación de la madre, que en efecto así discurrió, que permitiese el rápido regreso de los menores con ella, o bien considerar que la entonces embriaguez de aquélla constituía simplemente un factor o situación de riesgo... que no requiere la asunción de la tutela por ministerio de la ley, en cuyo caso la actuación de los poderes públicos debió orientarse a disminuir los factores de riesgo, poniendo en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla, y realizando el seguimiento de la evolución del menor en la familia».

(12) El punto de partida constitucional se encuentra en el artículo 39.

(13) Sobre esta distinción puede verse, entre otras, la sentencia de 3 de enero de 2002, de la Audiencia Provincial de Vizcaya. Ponente: Ilmo. Sr. D. GARCÍA MARTÍNEZ.

(14) Vid. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Por tanto, ante la sospecha de que un menor pueda encontrarse desprotegido por no tener un entorno familiar adecuado para desarrollarse, de oficio o a instancia de parte, las entidades públicas están obligadas a verificar la situación, evaluarla y adoptar las medidas que sean necesarias para resolverla, distinguiendo, precisamente, entre si se trata de una situación de riesgo o desamparo (15).

Si la Administración considera que el menor se encuentra en una situación de «riesgo» (16), su actuación se orientará a disminuir los factores de riesgo (17) y dificultad, garantizando, en todo caso, los derechos que le asisten. Elaborará un plan técnico de apoyo a la familia a cargo de los servicios sociales. Y entre las medidas, preventivas o reparadoras estará, por ejemplo, dar a la familia apoyo económico, ayuda técnica, prestaciones de tipo formativo o psicosocial, tanto para el niño como para quienes cuidan de él, etc. Para conseguir estos objetivos la Administración debe realizar un seguimiento del menor y necesita contar con el apoyo y colaboración de la familia (18). Con estas actuaciones la Administración pretende minimizar o eliminar el riesgo (19).

Por tanto, cuando sea posible y no sea perjudicial para el menor, los esfuerzos de las administraciones deben encaminarse a ayudar a los padres a cumplir su papel. Y ello porque en principio el medio más adecuado para que el menor se desarrolle es el constituido por su propia familia.

Otras veces, la Administración, por encontrarse el menor *privado de la necesaria asistencia moral o material*, no tiene más remedio que decretar la situación de desamparo, para que el menor tenga un desarrollo integral. Nuestro Código no hace una enumeración de las causas que considera de desamparo, a diferencia de muchas leyes autonómicas, lo que nos parece adecuado.

4. SITUACIÓN DE DESAMPARO

Se produce por encontrarse el menor privado de la necesaria asistencia moral o material como consecuencia del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores (art. 172 del Código Civil).

Conviene hacer la siguiente precisión en torno a la situación jurídica de desamparo:

(15) Artículo 16 de Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

(16) A título de ejemplo, considera que hay situación de riesgo y no de desamparo, entre otras, la sentencia de 15 de julio de 2004 (RAJ 2004/990) de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Ponente: Ilmo. Sr. D. PASTOR OLIVER.

(17) Artículo 12.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

(18) La Administración tiene, entre otras, la tarea de la promoción y defensa de los derechos de los menores (arts. 10, 11, 15, 17 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor).

(19) Algunas sentencias consideran necesario establecer una etapa de prueba antes de decretarse la situación de desamparo. Así la sentencia de 19 de noviembre de 2003 (RAJ 2004/5232) de la Audiencia Provincial de Barcelona. Ilmo. Sr. D. ANGLADA FORS. Afirma que, en el caso de autos, las circunstancias aconsejan un *proving* o etapa de prueba, de control directo y muy concreto para conseguir la más armoniosa convivencia entre la madre y los hijos. Sin perjuicio de que no superada esa etapa, se pudieran estudiar otras alternativas.

En primer lugar, es evidente la amplitud del concepto de desamparo, que puede encerrar situaciones muy variadas, tales como que el menor no tenga un entorno familiar adecuado por malos tratos físicos, psíquicos, explotación, abusos sexuales, delincuencia, prostitución, alcoholismo, mendicidad, toxicomanía, abandono, desatención grave, trato negligente, ausencia de escolarización habitual, falta o incapacitación de las personas que ejerzan la guarda, etc.

En segundo lugar, hay que destacar que la situación de desamparo se puede producir encubierta bajo una institución de protección como la patria potestad, tutela o guarda. Lo que significa que los padres o tutores están omitiendo o ejerciendo inadecuadamente los deberes de asistencia y protección sobre los menores. Esta desatención puede desembocar en la situación de desamparo de una forma voluntaria o involuntaria.

Vistas las diferencias entre riesgo y desamparo, y siguiendo con el caso que analizamos, creemos que aunque hubiese habido desamparo de los menores (situación que según la Audiencia de Sevilla no existe) nunca se debería haber optado por un acogimiento preadoptivo, sino que debería haberse acordado un acogimiento simple, dando a la madre oportunidad de visitar a los hijos para que los vínculos no se rompieran.

5. TUTELA POR MINISTERIO DE LEY Y ACOGIMIENTO

Una vez que se ha constatado que el menor está desamparado, la Administración está obligada a asumir de forma automática la tutela del menor, adoptando las medidas de protección necesarias para su guarda. En estos casos, la tutela del menor por parte de la Administración (20) se produce extrajudicialmente, quedando obligada la Administración a poner esta situación en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificarlo en forma legal a los padres, tutores o guardadores en el plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, además, en el momento de la notificación, se les informará de forma presencial, y de modo claro y comprensible, de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.

Puede ocurrir que los interesados o el Ministerio Fiscal no estén de acuerdo con la resolución administrativa que ha acordado el desamparo. En este caso se puede acudir a la vía judicial ordinaria para oponerse (21). La oposición puede realizarse en cualquier momento de la tramitación del procedimiento. En caso de desacuerdo decidirá el Juez si existe o no desamparo. No obstante, para evitar perjuicios al menor, si la decisión judicial se retrasa, la entidad pública podrá acordar, en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial.

(20) Si así ocurriese, la entidad pública, una vez realizadas las diligencias oportunas y concluido el expediente, deberá presentar la propuesta al Juez de manera inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de quince días. Se pretende con ello que el menor quede inmediatamente atendido, si bien esta Resolución de la Administración se puede impugnar judicialmente.

(21) Un estudio de las distintas causas de oposición al acogimiento, a través de distintas sentencias de las Audiencias, puede verse en DIEZ GARCÍA, «Desamparo de menores...», *op. cit.*, pág. 20.

Es necesario señalar que el instrumento del que se sirve la Administración para canalizar la tutela de los menores se realiza mediante la figura del acogimiento.

En el caso que analizamos, la madre se opone al desamparo, por lo que la cuestión debe ser decidida a partir de ese momento por vía judicial. El Juez *a quo* considera que existe desamparo y además que los niños deben pasar a acogimiento preadoptivo sin relaciones con la madre biológica. Lo que en nuestra opinión es perjudicial, tanto para los niños, la madre biológica y los acogedores. La solución no nos parece coherente cuando existían muchas posibilidades de que la madre se recupere y deseo por ambas partes de estar juntas. Debería haberse decretado un acogimiento simple (22), en el que los acogedores no albergan la idea de adoptar.

6. TIPOS DE ACOGIMIENTO

Debemos distinguir dos modalidades de acogimiento: el familiar y el residencial, según que se integre al menor en una familia o en un establecimiento adecuado a tal fin. Ambas comportan, por tanto, la separación del menor de su familia originaria.

ACOGIMIENTO RESIDENCIAL

Cuando se ejerza por el Director del centro o institución dónde sea acogido el menor. Es, sin lugar a dudas, el acogimiento de consecuencias más drásticas. Por ello, es la última medida que debe ser ejercida, pues se considera que la integración familiar del menor será preferente a la integración en una institución. En todo caso, se procurará que el menor permanezca internado el menor tiempo posible.

ACOGIMIENTO FAMILIAR

El acogimiento familiar consiste en integrar al menor en situación de desprotección social, en un núcleo familiar que sustituya al suyo de origen, ejerciéndose la guarda por la persona, o personas, que lo integren. Es una medida menos traumática que la anterior, por considerarse que la familia es el medio idóneo para el desarrollo integral del menor. Hay que resaltar que el

(22) Afirma CORRAL GARCÍA: «lo anterior quedaría en fuegos de artificio si no se adoptaran las medidas necesarias para establecer la tramitación preferente y urgente de los procesos relativos a protección de los menores, de tal modo que su duración —desde la oposición a la resolución hasta la decisión definitiva en segunda instancia— nunca superara el año, de tal manera que la revocación de la declaración de desamparo y del acogimiento, probablemente establecido, no supongan un trauma para el menor, ya que mediante las visitas que en ese año hayan podido llevar a cabo los padres no se habrán roto los lazos existentes ni se habrán fortalecido unos nuevos con la familia acogedora, si no pertenecía al entorno familiar», en «El Derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia», en *Aranzadi Civil*, Parte Estudio, núm. 11/2003.

acogimiento familiar se puede realizar en la familia extensa del menor (23), o en una familia ajena al mismo.

El procedimiento de selección de los acogedores se lleva a cabo por la Administración, atendiendo a criterios tales como las características personales, circunstancias socioeconómicas, entorno que pueda dar soporte al acogimiento, etc.

Dependiendo de que la propia familia del menor pueda mejorar, y que su retorno no implique riesgos para éste, o que las circunstancias aconsejen que se constituya con carácter permanente, o con carácter preadoptivo, hay que distinguir las siguientes subespecies de acogimiento familiar (24), atendiendo a su finalidad:

- a) Acogimiento familiar simple (25): que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia (26), bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable.
- b) Acogimiento familiar permanente: cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor.
- c) Acogimiento familiar preadoptivo: se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción. La entidad pública podrá formalizar, asimismo, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia. Este período será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año.

El acogimiento preadoptivo tiene por finalidad la adopción, lo que supone, por regla general, la ruptura con la familia de origen, y si cristaliza será la adopción y no el acogimiento el que creará vínculos de parentesco (relación de filiación), con la familia que pasa a ser adoptiva.

En definitiva, el acogimiento es una situación nacida con vocación de temporalidad, en espera de una situación de permanencia que le ponga fin (reinserción futura del menor en su propia familia, acogimiento permanente o adopción).

(23) Debe considerarse preferente el acogimiento en la familia extensa del menor.

(24) Muy interesante resulta el estudio jurisprudencial realizado por DIEZ GARCÍA, *op. cit.*, pág. 167 y sigs.

(25) EGEA FERNÁNDEZ, J., «El acogimiento simple», en *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Madrid, 1999, pág. 87 y sigs.

(26) Como destaca DIEZ GARCÍA: «El destino normal de este acogimiento será la tan esperada o ansiada reagrupación familiar, una vez superadas las circunstancias que obstaculizaban el adecuado ejercicio de los deberes de protección legalmente establecidos. Ahora bien, conviene dejar por un momento una visión acaso demasiado optimista, pues la realidad demuestra que, en ocasiones, por variadas circunstancias, aquélla no se produce», *op. cit.*, pág. 193 y sigs.

La lentitud y los desatinos y anormal funcionamiento administrativo y judicial, llevan a que la vuelta de los hijos con la madre no sea posible. El tiempo transcurrido desvincula sin lugar a dudas a una madre de unos hijos que en el momento de producirse la separación de la madre contaban con cuatro y cinco años. Y, lógicamente, el tiempo estrechando los vínculos con los acogedores en régimen preadoptivo. Diez años en la vida de los menores no podía sino desvincularles de su familia de origen. ¿Puede un juez de primera instancia incumplir impunemente lo que dice la Audiencia? ¿No existe responsabilidad por no ejecutar una sentencia? ¿Es que en este caso no sufre la madre biológica, los hijos y los acogedores ante esta situación de incertidumbre? ¿Quién responde por los daños morales que se les ha producido?

7. DAÑOS INDEMNIZABLES

En el caso que analizamos, la madre solicita la indemnización sustitutoria, o indemnización por equivalente, para ejecutar una sentencia anterior, dada la patente imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación principal que condena a la Administración a cesar en la tutela que había asumido respecto de unos menores, y la recuperación y vuelta de los niños con la madre biológica.

La Audiencia considera que debe modificarse el *quantum indemnizatorio*. Es necesario destacar que el Juzgado estimó la pretensión ejecutiva y fijó la indemnización en 72.670 euros, pero la Audiencia revoca esa sentencia respecto del *quantum indemnizatorio*, que acaba estableciendo en 1.400.000 euros. Se rechaza la utilización que hace el Juez *a quo* del baremo de la Ley 30/1995, para la indemnización de las lesiones y fallecimiento en accidente de tráfico, por no guardar la más mínima relación con el caso de autos.

Se toman en consideración como conceptos indemnizatorios:

A) El padecimiento por la madre demandante de dos graves enfermedades derivadas del sufrimiento consecuente con la privación de sus hijos durante diez años. Uno de naturaleza psíquica caracterizado por un cuadro depresivo reactivo, que tuvo manifestaciones tan graves como el intento de suicidio, y otro de naturaleza física, hallándose en tratamiento oncológico por afectación de un pulmón.

B) La pérdida de los hijos.

En el que se tiene en cuenta:

Por una parte, el tiempo que ha estado apartada la madre de los mismos, que se puede hacer equivalente a una privación de libertad indebida a los solos efectos indemnizatorios, claro está.

Por otra, el específico sufrimiento como consecuencia de la razonable expectativa que tenía de recuperación de los mismos como consecuencia de las sucesivas resoluciones a su favor.

Finalmente, la definitiva pérdida de toda esperanza y expectativa cuando recae la última resolución en la que se acuerda la inejecutividad.

FIJACIÓN DEL *QUANTUM* INDEMNIZATORIO POR DAÑO MORAL

Resulta llamativo que para cuantificar tal perjuicio, se utiliza el referente de las indemnizaciones otorgadas por el Tribunal Supremo en los supuestos de personas indebidamente privadas de libertad. Criterio que utiliza una fórmula que es progresivamente creciente, es decir, que estima que el sufrimiento va en aumento, no de forma igualitaria, según transcurre el tiempo, de tal manera que un segundo período de idéntica duración que el anterior no se indemniza en el mismo porcentaje por ser progresivo.

UTILIZANDO LOS SIGUIENTES FACTORES DE CORRECCIÓN

Número de hijos: al tener dos hijos, considera que las cifras resultantes de aplicar este criterio han de multiplicarse por dos.

Tiempo transcurrido: Debe tenerse en cuenta que los hechos datan de 1996, y que por tanto las cuantías han de ser actualizadas, y que la privación ha durado casi diez años, y que, finalmente, el hecho no es del todo equiparable, pues parece mucho más grave la privación de unos hijos que la que pueda sufrir uno mismo, y si los hijos lo son en edades como la de autos, desde cuatro y cinco años el perjuicio moral por sufrimiento es mayor.

La pérdida de esperanza: al considerar que constituye un elemento específico de sufrimiento la expectativa de recuperación que le conferían las resoluciones judiciales favorables a sus pretensiones y que, finalmente, se ven truncadas de manera definitiva por la declaración de inejecutividad, concepto que entiende la Sala que resulta razonable indemnizar incrementando la suma anterior en un treinta por ciento.

El sufrimiento: asimilable a la muerte física que representa el fin de aquella expectativa, la pérdida definitiva de los hijos, en tanto que es aquí donde hemos de hacer cierto trato diferenciador en atención a la singularidad de la situación producida con respecto a la hija menor, porque para ésta no puede predicarse una situación equivalente a la muerte física, dado que voluntariamente ha vuelto a convivir con su madre, lo que impide que dicho supuesto se considere idéntico al de su hermano que continúa bajo acogimiento, teniendo en cuenta que respecto a la menor la relación con la madre nunca podrá ser idéntica después de haber perdido toda la niñez e infancia, y segundo porque el estado de salud con que ha retornado hace presagiar todo un calvario en el desarrollo y tratamiento de la personalidad de dicha menor, lo que justifica su consideración a la hora de integrar los anteriores conceptos indemnizatorios.

En cuanto a la enfermedad de la madre, su situación puede ser conceptuada como de secuelas a consecuencia de un daño o lesión sufrido de manera ilegítima, y se establece cierto parangón con las secuelas producidas en accidente de circulación, y tomando como referente el baremo indemnizatorio de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, pero en su máximo exponente en atención a la particularidad del caso, dado que los padecimientos son irreversibles e incurables. Sumados los conceptos referidos en las cuantías señaladas, la indemnización alcanzada devengará el interés legal.

RESUMEN

DAÑO INDEMNIZABLE

Este comentario tiene como objetivo detenerse en un nuevo daño indemnizable. El tema que pretendemos abordar tiene como eje la compensación del daño que se le produce a una madre que, teniendo derecho a que sus hijos vuelvan con ella, ve frustrado su derecho al no producirse el retorno, por haber transcurrido largo tiempo desde que los menores se separaron de su familia de origen. Se trata de un tema de gran interés.

ABSTRACT

INDEMNIFIABLE DAMAGE

This objective of this commentary is to examine at length a new kind of indemnifiable damage. The core of our subject is compensation for the damage done to a mother when she has the right to have her children return to her and this right is frustrated because the children do not return, as it has been a long time since the children were separated from their family of origin. The issue is one of great interest.

3. URBANISMO

LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS Y LA LICENCIA DE PARCELACIÓN.

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESOLUCIÓN de 27 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en virtud de recurso gubernativo interpuesto contra la negativa a inscribir una escritura de declaración de obra nueva y constitución de régimen de propiedad horizontal.

I. HECHOS

I. Por escritura autorizada el día 18 de noviembre de 2004, los tres matrimonios copropietarios de una finca rústica de una hectárea, nueve áreas y veintinueve centiáreas de superficie, procedieron a declarar la obra nueva de una vivienda unifamiliar cada uno de los dos primeros matrimonios y una caseta el tercero, compareciendo en el otorgamiento de la escritura el Arquitecto don F. B. M. (de quien únicamente se especifica su número de Colegiado), que certifica que «las obras nuevas declaradas se corresponden con la realidad y que fueron terminadas en el año mil novecientos noventa y tres».

A continuación, en la misma escritura, establecen el régimen de propiedad horizontal sobre tales edificaciones, resultando tres elementos independientes (de 3.641 metros cuadrados cada uno de ellos y compuestos por la respectiva edificación y el resto de la superficie sin edificar), con su correspondiente cuota de participación, que se adjudican respectivamente. Y se pactan las siguientes normas de comunidad:

«Las viviendas unifamiliares anteriormente descritas se regirán por lo dispuesto en las leyes sobre Comunidad de Bienes, Ley de Propiedad Horizontal y como normas especiales las siguientes:

1. El titular de cada una de las edificaciones que componen la edificación —*sic*—, tiene el derecho singular exclusivo de la propiedad de la misma, sin más limitaciones que las servidumbres derivadas de aquellos elementos constructivos que por tratarse de un conjunto de edificaciones son necesarios para los servicios de teléfonos, electricidad, agua, red de saneamiento, gas natural y todos aquellos que para la conservación, reparación y mantenimiento de las viviendas y de sus servicios hubieran de construirse bien de forma temporal o permanente.

Cada propietario, actual o futuro, estará obligado a permitir el paso y la realización de las obras necesarias para el mantenimiento y, en su caso, reparación de dichas conducciones y elementos, especialmente al pozo-perforación de suministro de agua a las tres fincas resultantes de la división horizontal, existente sobre la finca número dos de orden en la división horizontal.

2. El titular de la Finca número Dos de orden en la División Horizontal tendrá derecho a construir sobre la misma, conforme a la normativa urbanística que venga en aplicación y hacer suyas las edificaciones resultantes».

II. Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad, causó el asiento de presentación correspondiente, y mediante calificación de 12 de enero de 2005 fue suspendida la inscripción por atribuirle el Registrador los siguientes defectos:

«Primero.—Deberá acreditarse con certificación o visado del colegio profesional correspondiente, que don F. B. M. tiene facultades suficientes como arquitecto a los efectos de lo dispuesto en los artículos 50, 52 y 55 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Segundo.—No se aporta la licencia municipal correspondiente para la división de la finca, de conformidad con el artículo 97 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, artículo 309 del Reglamento Urbanístico de Castilla y León aprobado por Decreto de 22/2004, de 29 de enero, artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, y RDGRN de 26 de junio de 1999, la cual establece la sujeción a licencia o la declaración de su innecesariedad, de toda parcelación urbanística, así como la prohibición de realizar ésta en suelo rústico. Estableciendo que cuando resulten de la misma objetos jurídicos nuevos e independientes entre sí, nos hallaremos ante una auténtica división de terrenos cualquiera que sea la denominación elegida por las partes o el mecanismo jurídico bajo el que pretenda cubrirse, en el caso que nos ocupa bajo el régimen de la propiedad horizontal».

III. El presentador del documento instó el día 1 de febrero de 2005 la designación de Registrador sustituto, al amparo del Real Decreto 1039/2003. Designado el mismo, éste el 9 de febrero de 2005 desestimó la pretensión solicitada y se ratificó en la calificación del Registrador sustituido.

IV. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación el 12 de marzo de 2005, en que alegó: 1.º Que ni en el artículo 97 de la Ley de Urbanismo de Castilla y León —pese a lo prolijo de su detalle—, ni en el artículo 309 de su Reglamento, ni en la Resolución de 29 de junio de 1999 se cita ni se alude a la división horizontal; 2.º Que la construcción data de 1993, por lo que la declaración de obra nueva resulta urbanísticamente consolidada (la Registradora sólo exige que se le acrediten las facultades del arquitecto certificador, cuyo número de colegiación consta en la escritura), y se ha cerrado el plazo que tiene la Administración urbanística para actuar; 3.º Que la transformación urbanística se produce en este caso por la previa construcción, no por la división; y no planteando problemas la edificación, no cabe atribuirlos a la división posterior, que no es sino un modo de organizarse los condóminos; y 4.º Que no es admisible la presunción de fraude, ni la aplicación analógica de normas restrictivas de derechos, como parece hacer la Registradora.

V. El Registrador de la Propiedad elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo mediante escritos de 15 de marzo de 2005.

En este expediente no consta el modo y la fecha en que la calificación negativa fue notificada a los interesados y al Notario autorizante conforme al artículo 19.bis de la Ley Hipotecaria.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 396 del Código Civil; 5 y 24 de la Ley de Propiedad Horizontal; 259.3 del texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 6 de

junio; 27, 24.2 y 104 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León; 326 de la Ley Hipotecaria; 48 a 55 y 78 del 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; 287, 288 y 309 del Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León; la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, por la que se declararon inconstitucionales determinados preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio; y las Resoluciones de 9 de febrero de 1994, 4 de marzo y 18 de julio de 1996, 26 de junio y 7 de octubre de 1999, 23 de septiembre y 5 de octubre de 2000, 16 de enero, 13 de junio y 21 de noviembre de 2002, 10 de diciembre de 2003, 14 de junio de 2004, 28 de enero, 28 de febrero, 7 y 8 de abril, 25, 30 y 31 de mayo y 16 de julio de 2005, entre otras.

1. En el supuesto de hecho del presente recurso se presenta en el Registro de la Propiedad copia autorizada de una escritura por la que los propietarios de una finca rústica, previa declaración de obra nueva de dos viviendas y una caseta, construidas en 1993, proceden a su división en tres elementos independientes (en los que se incluyen sendos espacios sin edificar de más de tres mil metros cuadrados cada uno) en régimen de propiedad horizontal, con asignación de la correspondiente cuota de participación. En el apartado de la escritura, relativo a las normas reguladoras de la comunidad, expresamente se indica que las «viviendas unifamiliares anteriormente descritas se regirán por lo dispuesto en las leyes sobre Comunidad de Bienes, Ley de Propiedad Horizontal» y por determinadas normas especiales transcritas en el apartado I de los antecedentes de hecho de la presente resolución.

Limitado el recurso a las cuestiones que estén directa e inmediatamente relacionadas con la calificación (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria), sólo debe decidirse en este expediente sobre los dos defectos invocados en aquélla.

2. El primero de los defectos objeto de impugnación, relativo a la exigencia de acreditación de las facultades del arquitecto que comparece en el otorgamiento para certificar sobre la fecha de la terminación de la edificación —sobre el que, por cierto, nada alega el recurrente en su impugnación, si bien concluye solicitando la revocación de la calificación en su integridad— debe ser confirmado. Si la certificación técnica sobre la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título es un documento que, conforme al artículo 52.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sirve para —unido a otros requisitos— suplir, con el alcance que la norma reglamentaria determina, la certificación acreditativa de que la obra se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia, dicha «certificación técnica» sustitutiva habrá de ser expedida por cualquiera de los técnicos a que se refiere el artículo 50 del mencionado Real Decreto, aun cuando su contenido sea diverso. Por ello, salvo que se trate de uno de los demás supuestos establecidos en esta norma —lo que en este caso no ha quedado justificado—, será necesario que se acredite la suficiencia de las facultades del técnico certificador en la forma prevenida en el apartado 3 del citado artículo 50 de dicho Real Decreto.

3. Según el segundo de los defectos expresados en la calificación, el Registrador de la Propiedad suspende la inscripción del título por entender que es necesaria la licencia municipal de parcelación urbanística o la declaración de su innecesariedad por parte del correspondiente Ayuntamiento.

Por el contrario, el Notario recurrente entiende que la división horizontal no constituye un acto de parcelación a los efectos de la aplicación de las normas citadas en la calificación impugnada sino únicamente una forma de configurar la propiedad y organizarse los condóminos, sin que suponga transformación urbanística alguna, que se habría producido, en su caso, por la edificación (ya consolidada) pero no por dicha división horizontal.

4. Sobre la cuestión básica que se plantea respecto de dicho defecto, este Centro Directivo ha tenido ya la ocasión de manifestar, con carácter general, que la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, anuló buena parte del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 26 de junio de 1992, fundándose en que se habían invadido las competencias que, en materia de urbanismo, se hallan transferidas a las Comunidades Autónomas; no obstante, esta misma sentencia dejaba a salvo aquellos preceptos que, por regular materias que son competencia exclusiva del Estado, eran perfectamente conformes con la Constitución Española. Así sucedió con aquellas normas que se referían al Registro de la Propiedad (cfr. art. 149.1.8.^a de la Constitución), de lo que se sigue que corresponde a las Comunidades Autónomas (en este caso, a la de Castilla y León) determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que éstas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por éstas impuestos. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo.

5. Por ello, la Resolución de 10 de diciembre de 2003 (según criterio reiterado en otras posteriores citadas en los «Vistos» de la presente) señaló que la exigencia de licencia para inscribir divisiones de terrenos contenida en el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (y lo mismo puede entenderse respecto del art. 78 del mismo) no puede considerarse absoluta o genérica, pues dependerá de la normativa sustantiva a que esté sujeto el acto de división.

Por tanto, debe acudirse a la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, en la que se incluye un elenco de actos sujetos a licencia que aparecen enumerados en su artículo 97, entre los que el único que pudiera tener relación con el supuesto planteado es el señalado en el apartado 1, letra f): «Segregaciones, divisiones y parcelaciones de terrenos». Si los conceptos de segregación y división están acuñados en el Derecho privado y tienen evidente solera en la legislación hipotecaria, el de parcelación es más propio de la legislación urbanística, al punto de que la misma Ley se ocupa de definirla en su artículo 24.2, en relación con el suelo rústico, «como división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes, o cuotas indivisas de los mismos, con el fin manifiesto o implícito de urbanizarlos o edificarlos total o parcialmente, salvo que se deriven de la aplicación de la normativa sectorial o del planeamiento urbanístico».

Conforme a la doctrina de esta Dirección General, la constitución de un régimen de propiedad horizontal no encaja, en vía de principio, en el concepto de parcelación urbanística, a falta de una norma que establezca lo contrario [como, por ejemplo, el art. 66.1.b), párrafo segundo, de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía].

En efecto, el régimen de propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código Civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo como primero de los elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Aunque la Ley especial por la que se rige es de aplicación no sólo a las comunidades formalmente constituidas conforme a su artículo 5, o a las que reúnan los requisitos del artículo 396 del Código Civil pese a la carencia de un título formal de constitución, sino también a los complejos inmobiliarios privados en los términos establecidos en la propia Ley (cfr. el art. 2 de la misma), ello no significa que tales complejos inmobiliarios sean un supuesto de propiedad horizontal.

El artículo 24, que integra el nuevo Capítulo III de la Ley especial, extiende la aplicación del régimen, que no su naturaleza, a los complejos inmobiliarios que reúnan, entre otros, el requisito de estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí y cuyo destino principal sea la vivienda o locales. Y la única especialidad es que sus titulares participen, como derecho objetivamente vinculado a la respectiva finca independiente, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, sean viales, instalaciones o tan sólo servicios. Es decir, que lo común son esos elementos accesorios, no la finca a la que se vincula la cuota o participación en ellos que han de ser fincas independientes.

Por eso, bajo el calificativo de «tumbada», que se aplica a la propiedad horizontal, suelen cobijarse situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes, pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en que el suelo es elemento común y a las que se adjetivan como tumbadas tan sólo en razón de la distribución de los elementos que la integran, que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal.

La formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crea nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad *ob rem* otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo como otras parcelas o viales, evidentemente ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito.

Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca —o derecho de vuelo— que le sirve de soporte, no puede equipararse al supuesto anterior, pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación toda vez que no hay alteración de forma —la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas—, superficie o linderos. Y la asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos, tan frecuentes en el caso de azoteas o patios como en el de zonas del solar no ocupadas por la construcción, no altera esa unidad. Sería lo mismo que exigir licencia para la división horizontal en los frecuentes supuestos de edificaciones integradas por varias viviendas adosadas, construidas con una licencia que así lo autoriza sobre un solar indivisible según la misma ordenación. No puede ésta limitar el derecho del constructor o promotor a explotar o comercializar una cons-

trucción perfectamente legal e integrada por distintas unidades explotables o enajenables de forma independiente acudiendo a su división en régimen de propiedad horizontal.

6. En el presente supuesto, y habida cuenta de los términos de la escritura calificada, que no se caracteriza por su claridad y precisión, no resulta fácil dilucidar si lo que se configura es un auténtico régimen de propiedad horizontal «tumbada» o, más bien, un complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes.

Así, aunque en el régimen de propiedad horizontal se considera que es elemento común todo aquello que no se configura como privativo (vid. Resolución de 5 de octubre de 2000), en este caso se atribuye, según parece, carácter de elemento privativo no sólo cada una de las edificaciones, sino también a la totalidad del suelo, que dividen en tres partes, y aunque se fijan cuotas de participación no se sabe sobre qué objeto recaen, máxime si se tiene en cuenta la referencia al hecho de que no existan más limitaciones que las servidumbres derivadas de aquellos elementos constructivos que por tratarse de un conjunto de edificaciones son necesarios para los servicios comunes. Puede concluirse, por ello, que se crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad separada y se dota a los elementos independientes de tal autonomía que ha de entenderse que, no obstante la denominación y configuración jurídica empleadas por las partes, nos encontramos —al menos a los efectos de la aplicación de la legislación urbanística— ante una verdadera división de terrenos constitutiva de parcelación, por lo que está justificada la exigencia de licencia o declaración de su innecesaria como instrumento de control de la legalidad urbanística por parte de la Administración.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación del Registrador.

III. COMENTARIO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Resolución aborda dos cuestiones diversas: por un lado, los requisitos de la certificación técnica a la que se refiere el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, para la inscripción de declaraciones de obras «antiguas» sin licencia y, por otro, la exigibilidad o no de la licencia municipal de parcelación para inscribir la constitución de un conjunto inmobiliario. En estas líneas nos centramos en la segunda.

Los conjuntos o complejos inmobiliarios son objeto de una regulación muy escasa, ya que, desde el punto de vista sustantivo, únicamente son contemplados por el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, introducido por la Ley 8/1999, de 6 de abril, que se limita a establecer las reglas básicas para la adaptación a esta figura de las normas generales de la propiedad horizontal. Como recuerda la Resolución de 16 de junio de 2006, «la realidad práctica nos muestra figuras muy diversas que se apartan de la propiedad horizontal clásica (un solo edificio sobre un solo solar y con un solo portal), entre las que se comprenden supuestos tales como las propiedades horizontales complejas (pluralidad de escaleras o portales sobre unos sótanos y bajos comunes), los centros comerciales con o sin viviendas en sus plantas superiores, los edificios encabalgados, las urbanizaciones privadas con viviendas

unifamiliares, los conjuntos edificatorios en hilera, los conjuntos de viviendas pareadas, etc.».

Ante esta heterogeneidad de formas y las dificultades que plantea el intento de aplicar a las mismas en la práctica los escuetos pronunciamientos del citado artículo 24, puede decirse que existe una auténtica laguna legal en esta materia.

Esta laguna legal ensombrece aún más su tratamiento jurídico cuando su régimen sustantivo ha de acomodarse a las exigencias de otro tipo de normas: las de carácter urbanístico generadas por la actividad legislativa autonómica. Pero si, además, el resultado de esa combinación normativa está llamado a cumplir los requisitos del Derecho Hipotecario para su inscripción registral, el problema se agrava.

Es esto precisamente lo que sucede en el supuesto de hecho contemplado por esta Resolución, en que confluyen normas de diversa naturaleza, como son, de una parte, las escasas normas civiles en la materia, llamadas a regular la pluralidad de manifestaciones que pueden cobijarse bajo el concepto de conjunto inmobiliario y la manera de articular las relaciones entre los distintos elementos inmobiliarios resultantes de la constitución de un conjunto; de otra, las exigencias de las diferentes leyes urbanísticas autonómicas encarnadas aquí por la obtención de la licencia de parcelación o declaración municipal de su innecesariedad y, finalmente, la legislación hipotecaria, que establece los requisitos para la inscripción en el Registro de la Propiedad, especialmente en los artículos 78 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, respecto de los actos de parcelación.

La propia Resolución, en su Fundamento de Derecho número 4, parte del principio incuestionable de ser la normativa de cada Comunidad Autónoma la competente para determinar qué actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa. Lógicamente, no vamos a profundizar aquí en los matices o contrastes existentes entre las distintas leyes del suelo, sino que vamos a afrontar el debate en términos generales, partiendo de la hipótesis de ser necesaria la obtención de la licencia o la declaración municipal subsidiaria para la división, segregación o, en general, para la parcelación de terrenos. Desde esta perspectiva, el problema se concreta en si la constitución del conjunto constituye o no un fraccionamiento del suelo que determine la aplicación de la consecuencia jurídica consistente en la exigibilidad de dicho pronunciamiento municipal.

Algunas Leyes autonómicas se han ocupado directamente de la cuestión, exigiendo la licencia en los casos de división horizontal, por lo que no cabe duda sobre su aplicación a los conjuntos inmobiliarios en todo caso (1). Pero en otros casos se habla genéricamente de división o segregación, o de parcelación, términos que pueden ser difícilmente aplicables a la constitución de este régimen cuando los distintos elementos resultantes se asientan, por ejemplo, sobre suelo común, sin que pueda hablarse con propiedad de aquellos supuestos de fraccionamiento (2).

(1) Es el caso, por ejemplo, del artículo 66 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que exige licencia para las divisiones horizontales u otros supuestos similares sobre suelo no urbanizable.

(2) La propia Ley andaluza, citada en la nota anterior, no es tan clara cuando se trata de suelo urbano y urbanizable, ya que exige la licencia en «toda división simultánea de terrenos, fincas, parcelas o solares».

2. LA ARGUMENTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN

La norma aplicable al caso que se contempla es la Ley 5/1999, de Urbanismo de Castilla y León, que en su artículo 97 exige la licencia para las «segregaciones, divisiones y parcelaciones de terrenos», expresiones que la propia Resolución desgrana diciendo que «si los conceptos de segregación y división están acuñados en el Derecho privado y tienen evidente solera en la legislación hipotecaria, el de parcelación es más propio de la legislación urbanística» para, a continuación, preguntarse si la constitución del conjunto inmobiliario encaja en alguna de ellas.

El criterio utilizado por la Dirección General en torno a la cuestión planteada parte de distinguir dos grupos dentro de un concepto amplio de conjuntos inmobiliarios o propiedad horizontal «tumbada»: *a)* el del complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes pero que participan en otros elementos en comunidad, y *b)* el que califica como auténtica propiedad horizontal en que el suelo es elemento común y a la que se adjetiva como tumbada en razón de la distribución de los elementos que la integran, que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano.

La regla que sienta la Resolución es la de considerar exigible la licencia sólo en el primero de los casos citados. De este modo, el elemento diferencial y decisivo es si el suelo sobre el que se constituye el conjunto se divide en lotes de propiedad privativa o si, por el contrario, se configura como elemento común, sobre el que se irán construyendo las distintas edificaciones de aprovechamiento independiente que integrarán el conjunto.

Este criterio distintivo es utilizado en otras Resoluciones. Así, la de 10 de diciembre de 2003 se pronuncia sobre un supuesto acaecido en la Comunidad de Madrid, cuya Ley del Suelo, en su artículo 151, somete a la previa obtención de licencia municipal «las parcelaciones, segregaciones o cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo, no incluidos en proyectos de reparcelación». La Resolución afirma que «habrá que decidir si encaja en dicho concepto la división horizontal, al menos tal como se estructura la del supuesto de hecho planteado», para concluir lo siguiente: «la formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad *ob rem* otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo como otras parcelas o viales, evidentemente ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito. Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca —o derecho de vuelo—, que le sirve de soporte, no puede equipararse al supuesto anterior, pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación, pues no hay alteración de forma —la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas—, superficie o linderos. La asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos, tan frecuentes en el caso de azoteas o patios como en el de zonas del solar no ocupadas por la construcción, no altera esa unidad».

Sin embargo, no compartimos la excesiva simplificación de circunscribir la exigencia de licencia a un determinado tipo de conjuntos inmobiliarios, en los que la finca total pasa a formar diversos elementos privativos, con exclusión de aquellos otros en los que el suelo permanece como elemento común.

A continuación nos referiremos separadamente a ambos supuestos.

3. PRIMERA HIPÓTESIS: LA DIVISIÓN DEL SUELO EN ELEMENTOS PRIVATIVOS

Es el supuesto ordinario, y el que constituye el objeto de la Resolución que nos ocupa. En ella se decide confirmar la calificación registral que exigía la licencia o declaración municipal sustitutiva por atribuirse carácter de elemento privativo no sólo a cada una de las edificaciones, sino también a la totalidad del suelo, que se divide en tres partes, concluyendo que «se crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad separada y se dota a los elementos independientes de tal autonomía que ha de entenderse que, no obstante la denominación y configuración jurídica empleadas por las partes, nos encontramos —al menos a los efectos de la aplicación de la legislación urbanística— ante una verdadera división de terrenos constitutiva de parcelación».

La misma argumentación es utilizada frecuentemente por el Centro Directivo. Así, por ejemplo, la Resolución de 16 de julio de 2005 se enfrenta a la presentación en el Registro de una escritura por la que los dueños *pro indiviso* de una finca clasificada como suelo urbano, segregan una porción de la misma para su cesión al Ayuntamiento, la cual se realiza unilateralmente, y el resto lo dividen en «propiedad horizontal tumbada» en ocho parcelas, adjudicándolas a los distintos condueños. Es de hacer notar que la división agota toda la superficie de la finca matriz y que el suelo no se configura como elemento común. Ante esta situación, se concluye lo siguiente: «En cuanto a la necesidad de la licencia respecto a la “propiedad horizontal tumbada” que se constituye, partiendo de que la diferencia entre propiedad horizontal —que no la exige— y conjunto urbanístico —que la exige—, esta Dirección General ha declarado (vid. Resoluciones citadas en el “vistos” y, en especial la de 10 de diciembre de 2003) que, para mantenerse en los límites de una comunidad —y, por tanto, para que exista propiedad horizontal—, es preciso que las porciones atribuidas carezcan de autonomía que les permita ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, dado que, si tienen tal autonomía, como ocurre en el presente caso, nos hallamos ante una verdadera división de terrenos, cualquiera que sea la denominación elegida por las partes o el mecanismo jurídico bajo el que se pretenda encubrir».

Este último argumento es irreprochable. Sin embargo, de la misma Resolución se deduce que en el caso contrario, es decir, cuando el suelo de todo el conjunto se deja como elemento común, no será necesaria la licencia, conclusión que, cuando menos, debe ser matizada.

4. SEGUNDA HIPÓTESIS: EL SUELO COMO ELEMENTO COMÚN

La propia Resolución comentada se refiere a esta hipótesis, como contrapuesta a la anterior, en los siguientes términos: «Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en

que mantiene la unidad jurídica de la finca —o derecho de vuelo— que le sirve de soporte, no puede equipararse al supuesto anterior, pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación toda vez que no hay alteración de forma —la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas—, superficie o linderos», por lo que en tales casos concluye que no es exigible la licencia.

La Resolución de 10 de diciembre de 2003, como vimos, da un paso más al aplicar literalmente el mismo razonamiento a un caso también de división horizontal «tumbada», pero en el que además se asigna a cada una de las viviendas resultantes como anejo inseparable el uso y disfrute de un espacio libre ajardinado, agotando con ello toda la superficie de la finca matriz.

La misma línea argumental se sigue en otra Resolución, la de 14 de junio de 2004, en la que no se trata ya de una propiedad horizontal «tumbada», sino de un solo edificio sobre el que se constituye un régimen de propiedad horizontal ordinaria, con asignación de uso exclusivo de una parte del terreno a cada una de las viviendas privativas.

En definitiva, se aplica en todos estos supuestos la solución de acudir al régimen civil del suelo para concluir que, si éste se configura como elemento común, no será necesaria la licencia, y ello aun cuando la superficie no edificada sea físicamente dividida en porciones (por ejemplo, con setos o vallas), para atribuir a cada vivienda o local el uso exclusivo —y excluyente— de una de ellas.

A nuestro entender, el criterio es erróneo, además de peligroso, ya que ampara por partida doble la posibilidad de consumir un evidente fraude de ley en aquellos casos en que la normativa urbanística aplicable se pronuncia en términos generales, sin referirse de manera expresa o implícita a la propiedad horizontal, tumbada o no, o a los conjuntos inmobiliarios.

Por un lado, si de lo que se trata es de constituir un conjunto inmobiliario bajo la forma típica, por ejemplo, de una urbanización privada (sin contar con la licencia de parcelación), en lugar de dividir el suelo en parcelas privativas sobre la que se construirían los distintos chalets o casas (lo que exigiría licencia según el criterio de la Dirección General) bastaría con dejar el suelo como común con asignaciones de uso exclusivo del mismo (para lo que, según se ha visto, no sería necesaria la licencia). En ambos casos el resultado jurídico sería análogo: desde el punto de vista civil, el propietario de cada casa podría disfrutar en exclusiva del jardín respectivo, sobre el que no podrían realizar actos dispositivos al margen de su vivienda, pero que se transmitiría o gravaría conjunta e inseparablemente con ella. Y, desde una perspectiva urbanística, se habría consumado una parcelación encubierta.

En segundo lugar, ese criterio viene a contradecir frontalmente todo el razonamiento que de manera constante viene manteniendo el Centro Directivo en torno a los supuestos de compraventa de cuotas de una finca con asignación a las mismas del derecho de uso exclusivo de una parte determinada de terreno (3). Cabe citar, por todas, la Resolución de 19 de junio de 2000, que declara que «habida cuenta de los requisitos legales que determinan la consideración de una cosa como objeto jurídico independiente (cfr. art. 333 del Código

(3) Es el caso de la Resolución de 26 de junio de 1999, las de 20, 26, 27, 28 y 29 de junio de 2000, las de 19 y 20 de octubre de 2000 y la de 12 de febrero de 2001, entre otras muchas.

Civil), del propio concepto legal de propiedad (cfr. art. 348 del Código Civil), de la sujeción al régimen de mayorías en lo relativo al uso de la cosa común (art. 398 del Código Civil), y de la prohibición del pacto de indivisión por más de diez años (art. 400 del Código Civil), la compatibilidad entre la persistencia de una comunidad sobre el todo y la atribución a cada propietario de un derecho permanente de uso exclusivo sobre una parte suficientemente determinada de aquél, exige que estas partes carezcan de la autonomía física y económica que les impida ser reputados como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, pues, en otro caso (como es el ahora debatido, en que las porciones de uso exclusivo delimitadas por sus linderos y superficie —cfr. art. 9 de la Ley Hipotecaria—, son en principio susceptibles de constituir físicamente fincas absolutamente independientes entre sí, si se satisfacen las exigencias legales de índole urbanística o agraria), aquélla atribución implicará una verdadera división, cualquiera que sea la denominación elegida o el mecanismo jurídico bajo el que pretende encubrirse».

Creemos que no existe razón alguna para no aplicar exactamente el mismo razonamiento a la constitución de un conjunto inmobiliario o división horizontal de un edificio en que, sin división material del suelo (que queda por tanto como elemento común), se atribuya a cada una de las viviendas análogo derecho de uso exclusivo sobre una parte del jardín, supuesto en que, como vimos, la propia Dirección General adopta la posición contraria, al no exigir licencia. La finalidad de la operación en ambos casos sería la misma: realizar una parcelación «de hecho», al atribuir un derecho de uso exclusivo sobre una parcela, derecho que sería transmisible junto con la cuota indivisa en el primero y con el elemento privativo en el segundo. La analogía entre ambos casos es evidente, de manera que, aunque no se pueda llegar a esa asignación de uso exclusivo por un camino (la venta de cuotas indivisas), sí puede lograrse por el otro (la constitución de un conjunto inmobiliario, cuya inscripción avala la Dirección General).

5. CONCLUSIONES

Para decidir si en un determinado supuesto de hecho es necesaria o no la licencia de parcelación resulta inapropiado acudir a la configuración civil que se dé al suelo dentro del régimen de propiedad horizontal o del conjunto inmobiliario. Es la propia legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma la que debe determinar los casos en que dicha licencia es exigible o no y, en caso afirmativo, la legislación hipotecaria impone acreditar su obtención en el Registro.

En algunos casos, la norma urbanística aplicable se refiere específicamente a la cuestión. Sucede así, como vimos, con el artículo 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, que exige licencia para las divisiones horizontales u otros supuestos similares sobre suelo no urbanizable. El problema surge cuando la norma urbanística resulta inexpresiva ante la cuestión que nos ocupa, como ocurre, por ejemplo, en Castilla y León, en cuyo ámbito territorial se desenvuelve la Resolución comentada.

Por las razones esgrimidas más arriba, estimamos que debe prescindirse de la configuración jurídico-civil que se dé al suelo, para atender a las instituciones propiamente urbanísticas. Las normas de esta naturaleza serán las que aclaren en qué casos es preceptiva la licencia. Si no se contempla expre-

samente su exigencia para el caso de constitución de un conjunto inmobiliario o régimen de propiedad horizontal, habrá de acudir a la definición de parcelación que tales normas suelen establecer y, en último término, habrá que atender al régimen supletorio que en cada caso esté vigente y a los pronunciamientos jurisprudenciales que resulten de aplicación.

Con carácter general, cabe afirmar que lo que preocupa a las Leyes del suelo al regular las licencias de parcelación no es sino evitar que se constituya un núcleo de población allí donde no lo hubiere o que aumente la densidad de población en los núcleos preexistentes, siendo ajeno a todo ello el régimen de propiedad de los distintos elementos inmobiliarios resultantes, así como los conceptos civiles de división y segregación. Así lo entiende el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de junio de 1988 (*RJ* 1988/4596), cuando dice que «al vender porciones indivisas se pactaba la permanencia en la indivisión y el no ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, y se hacía corresponder el disfrute de aquéllas con una superficie concreta señalada en un plano, con lo que la división ideal era en realidad física o material y con vocación de permanencia, necesariamente ha de concluirse en la existencia de una parcelación urbanística ilegal», añadiendo que con esa operación «se ha abierto paso a la posibilidad del establecimiento de un asentamiento residencial urbano, generador de futuros requerimientos o necesidades asistenciales y de servicios urbanísticos, es decir, de un núcleo de población» y este peligro no varía cuando lo que atribuye el uso exclusivo de una porción de finca no es una cuota sino la constitución de un conjunto inmobiliario o del régimen de propiedad horizontal.

Como reconoce la propia Dirección General en su Resolución de 16 de junio de 2006, «no es la diferente configuración jurídica adoptada (propiedad horizontal o complejo inmobiliario) lo decisivo, sino el hecho de la vía elegida por la legislación urbanística aplicable, mediante el mecanismo de la licencia, para controlar el surgimiento de parcelaciones ilegales».

Y, a falta de disposición específica, esta regla se impone en todo caso en que se fraccione el suelo en varias porciones funcionalmente independientes, bien se atribuyan éstas en régimen de propiedad separada, o bien en régimen de uso y disfrute exclusivo.

Como toda regla general, la enunciada no está exenta de excepciones, como la derivada del artículo 82 del Real Decreto 1093/1997, según el cual: «cuando sobre las parcelas resultantes del expediente de equidistribución se construyan, conforme al planeamiento, diferentes edificios, éstos podrán constituir fincas registrales independientes sin necesidad de licencia de parcelación. Si la parcela fuere indivisible, sólo podrán crearse fincas registrales independientes si los distintos edificios se asientan sobre suelo común y se les somete a un mismo régimen de propiedad horizontal o conjunto inmobiliario».

Otra posible excepción estaría constituida por la aprobación administrativa de los proyectos de urbanización, respecto de la cual el Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia de 5 de diciembre de 1989 (*RJ* 1989/9107) que lleva inmerso el proyecto de parcelación, por lo que, aprobados aquéllos, resulta superfluo pedir la licencia de parcelación. Dando un paso más, cabría discutir si debe considerarse exigible la obtención de la licencia para realizar una parcelación que resulta directamente de un instrumento de planeamiento, pero se trata de una cuestión que excede de los límites naturales de este comentario.

RESUMEN

CONJUNTOS Y LICENCIAS

La amplia variedad de manifestaciones que presentan en la práctica los conjuntos inmobiliarios, unida a su escasa regulación legal, hace que en ocasiones las normas urbanísticas resulten poco expresivas ante determinados supuestos de hecho. Así ocurre con la exigibilidad o no de licencias de parcelación o división con ocasión de la constitución de un conjunto inmobiliario, tema que ha generado varias Resoluciones de la Dirección General, como la que aquí se comenta.

ABSTRACT

ESTATES AND PERMITS

Because of the huge variety of different embodiments housing estates take in practice, plus the scantiness of laws regulating housing estates, sometimes city planning rules are overwhelmed by particular cases that arise in fact. So it happens with the question of whether or not parcel-splitting or division permits are required when a housing estate is created. This issue has led to a number of decisions from the Directorate-General, such as the decision discussed here.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución 29-6-2006. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 5/2006, de 9-6-2006, para la mejora del crecimiento y del empleo.

— Resolución 29-6-2006. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 7/2006, de 23-6-2006, por el que se adoptan medidas urgentes en el sector energético.

— Resolución 29-6-2006. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 6/2006, de 23-6-2006, sobre pensiones excepcionales derivadas de atentados terroristas.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 5/2006. 5-6-2006. Complementaria de la Ley para la eficacia en la UE de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial.

— Ley 17/2006. 5-6-2006. Radio y Televisión de titularidad estatal.

— Ley 18/2006. 5-6-2006. Para la eficacia en la UE de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales.

— Ley 19/2006. 5-6-2006. Amplía los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

— Ley 20/2006. 5-6-2006. Modificación de la Ley 5/1996, de 10-1-1996, de creación de determinadas entidades de derecho público.

— Ley 21/2006. 20-6-2006. Modifica la Ley 9/1987, de 12-6-1987, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

— Ley 23/2006. 7-7-2006. Modifica el TR de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12-4-1996.

— Ley 26/2006. 17-7-2006. Mediación de seguros y reaseguros privados.

— Ley 27/2006. 18-7-2006. Regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).

— Ley 28/2006. 18-7-2006. Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

— Real Decreto-ley 5/2006. 9-6-2006. Para la mejora del crecimiento y del empleo.

— Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31-10-2003.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 711/2006. 9-6-2006. Modifica determinados Reales Decretos relativos a la inspección técnica de vehículos (ITV) y a la homologación de vehículos, sus partes y piezas, y se modifica, asimismo, el Reglamento General de Vehículos, aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23-12-1998.

— Orden 1822/2006. 9-6-2006. Establecen criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad.

— Orden 2146/2006. 3-7-2006. Modifica la Orden de 11-7-1997, por la que se reorganizan los servicios centrales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

— Resolución 7-8-2006. Publica la Resolución conjunta de la DGRN y de la Dirección General del Catastro por la que modifica el Anexo a la Orden de 23-6-1999.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 863/2006. 14-7-2006. Regula el acceso de las personas con discapacidad a las oposiciones al título de Notario y al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, así como la provisión de plazas a su favor.

— Resolución 21-7-2006. DGRN. Hace públicos los nombramientos de los Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles, en resolución del concurso número 271.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 774/2006. 23-6-2006. Modifica el Reglamento de los Impuestos Especiales, aprobado por el Real Decreto 1165/1995, de 7-7-1995.

— Orden 1674/2006. 24-5-2006. Por la que, en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente, se establece un procedimiento especial de acreditación de la residencia de ciertos accionistas o partícipes no residentes, en el supuesto de contratos de comercialización transfronteriza de acciones o participaciones de instituciones de inversión colectiva españolas mediante cuentas globales suscritos con entidades intermediarias residentes en el extranjero, y se regulan las obligaciones de suministro de información de estas entidades a la administración tributaria española.

— Orden 1867/2006. 14-6-2006. Modifica el anexo de la Orden 1543/2006, de 19-5-2006, por la que se reducen para el período impositivo 2005, 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.

— Orden 2619/2006. 28-7-2006. Desarrolla determinadas obligaciones de prevención del blanqueo de capitales de los sujetos obligados que realicen actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias con el exterior.

— Resolución 29-5-2006. Establece los supuestos y condiciones en que podrá hacerse efectiva la colaboración social en la aplicación de los tributos para la solicitud y obtención de certificados tributarios.

— Resolución 1/2006. 15-6-2006. Sobre las limitaciones a la aplicación de la deducción por actividades de exportación en el IS a partir de la Decisión de la Comisión Europea de 22-3-2006, en relación con la Ayuda de Estado número E 22/2004-España.

— Resolución 16-6-2006. Modifica el plazo de ingreso en período voluntario de los recibos del IAE del ejercicio 2006, relativos a las cuotas nacionales y provinciales y se establece el lugar de pago de dichas cuotas.

— Resolución 3-7-2006. Determina los órganos competentes para tramitar los procedimientos especiales de revisión previstos en los artículos 8 y 11 del Reglamento General de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17-12-2003, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13-5-2005, y se modifica la Resolución 26-12-2005, de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se establece la estructura orgánica de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes.

— Resolución 26-7-2006. 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 28-7-2006. Recomienda un formato normalizado de la cuenta general de las entidades locales en soporte informático que facilite su rendición.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución 16-6-2006. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución 17-8-2006. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Circular 3/2006. 28-7-2006. Residentes titulares de cuentas en el extranjero.

— Corrección de errores y erratas. Circular 4/2004. 22-12-2004. Entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros.

MINISTERIO DE LA VIVIENDA

— Orden 2668/2006. 27-7-2006. Establecen la composición y el funcionamiento del Consejo del Plan Estatal de Vivienda.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 807/2006. 30-6-2006. Modifica el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22-12-1995, y el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26-1-1996.

— Resolución 28-7-2006. Incremento de la indemnización especial a tanto alzado a percibir por los huérfanos en caso de muerte derivada de contingencias profesionales.

— Resolución 3-8-2006. Aprueba determinadas aplicaciones informáticas para la gestión de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Acuerdo entre Rumanía y España. Cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos, hecho en Madrid el 15-12-2005.

— Convenio Internacional. Represión de la falsificación de la moneda, hecho en Ginebra el 20-4-1929 (publicado en la Gaceta de Madrid de 8-3-1931). Notificación del Reino de España de designación de una Oficina Central conforme a los artículos 12 a 15 del Convenio.

— Convenio. SS entre el Reino de España y la República Dominicana, hecho en Madrid el 1-7-2004.

— Convenio. Entre el Reino de España y la República Árabe de Egipto para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio, hecho en Madrid el 10-6-2005.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA

— Real Decreto 806/2006. 30-6-2006. Establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, establecida por la Ley Orgánica 2/2006, de 3-5-2006, de Educación.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 712/2006. 9-6-2006. Amplía las funciones y servicios de la Administración del Estado traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de Conservación de la Naturaleza (Parques Nacionales de Doñana y Sierra Nevada).

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Orden 1763/2006. 3-5-2006. Regula la declaración de fiestas de interés turístico nacional e internacional.

TRIBUNAL SUPREMO

— STS 4-4-2006. Fija la siguiente doctrina legal: «A los procedimientos de inspección tributaria iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 1/1998, de 26-2-1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, no les

es aplicable el plazo máximo de duración de doce meses establecido en el artículo 29.1, párrafo 1.º de aquella Ley, aunque pudiera transcurrir tal espacio de tiempo con posterioridad a la entrada en vigor de la misma Ley, sin que hubiesen concluido las actuaciones».

— STS 16-5-2006. Anula el punto 2 del artículo 7 del Real Decreto 337/2004, de 27-2-2004, que desarrolla la Ley 28/2003, de 29-9-2003, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, que dispone «que deberán nombrar dos representantes por cada uno de los dos sindicatos que tenga acreditada mayor implantación».

— STS 18-5-2006. Declara nulo el inciso «dos representantes por cada uno de los dos sindicatos... que tengan mayor implantación» del artículo 7.2 del Real Decreto 337/2004, de 27-2-2004, que aprobó el Reglamento que desarrolla la Ley 28/2003, de 29-9-2003, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 3/2006. 19-6-2006. Creación de la Empresa Pública Sanitaria Bajo Guadalquivir.

— Ley 4/2006. 23-6-2006. Asociaciones de Andalucía.

— Decreto 129/2006. 27-6-2006. Aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía.

— Decreto 141/2006. 18-7-2006. Ordena la actividad cartográfica en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Decreto 148/2006. 25-7-2006. Modifica el Reglamento de la Ley 15/1999, de 16-12-1999, de Cajas de Ahorros de Andalucía, aprobado por Decreto 138/2002, de 30-4-2002.

— Decreto 149/2006. 25-7-2006. Aprueba el Reglamento de Viviendas Protegidas de la Comunidad Autónoma de Andalucía y se desarrollan determinadas Disposiciones de la Ley 13/2005, de 11-11-2005, de medidas en materia de Vivienda Protegida y el Suelo.

ARAGÓN

— Ley 3/2006. 8-6-2006. Modificación de la Ley 23/2001, de 26-12-2001, de Medidas de Comarcalización.

— Ley 4/2006. 22-6-2006. Modifica la Ley 9/1989, de 5-10-1989, de ordenación de la actividad comercial en Aragón, sustituyendo el régimen de inspección y sancionador.

— Ley 5/2006. 22-6-2006. Tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Ley 6/2006. 22-6-2006. Modifica la Ley 29/2002, de 17-12-2002, de creación del Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Aragón.

— Ley 7/2006. 22-6-2006. Protección ambiental de Aragón.

— Decreto 160/2006. 4-7-2006. Fijan las fiestas laborales retribuidas, no recuperables e inhábiles para el año 2007 en la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Decreto 165/2006. 18-7-2006. Crea la empresa de la Comunidad Autónoma «Pabellón de Aragón Expo 2008, S. A.».

— Decreto 166/2006. 18-7-2006. Aprueba el Reglamento de Publicidad del Juego y Apuestas.

ASTURIAS

— Ley 6/2006. 20-6-2006. Comunicación y Publicidad Institucionales.

— Decreto 52/2006. 8-6-2006. Primera modificación del Decreto 120/2005, de 17-11-2005, por el que se establecen los precios máximos de venta de viviendas protegidas de nueva construcción.

— Decreto 90/2006. 20-7-2006. Regula el procedimiento de concesión de las ayudas previstas en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28-12-2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

BALEARES

— Ley 8/2006. 14-6-2006. Creación del consorcio de transportes de Mallorca.

— Ley 9/2006. 17-7-2006. Reforma de la Ley 4/2003, de 26-3-2003, de museos.

— Ley 10/2006. 27-7-2006. Integral de la juventud.

— Decreto 49/2006. 2-6-2006. Regula la estructura de los órganos competentes para el conocimiento y resolución de las reclamaciones económico-administrativas que se produzcan en el ámbito de la gestión económica, financiera y tributaria de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Decreto 53/2006. 16-6-2006. Regula el Registro General de Explotaciones Agrarias de las Illes Balears.

— Decreto 65/2006. 14-7-2006. Aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Registro de Cooperativas de las Illes Balears.

— Decreto 72/2006. 28-7-2006. Crea el Instituto Balear de la Energía (IBEN).

CANARIAS

— Ley 4/2006. 22-5-2006. Modificación del TR de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8-5-2000.

— Ley 6/2006. 17-7-2006. Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Decreto 55/2006. 9-5-2006. Aprueba el Reglamento de Procedimientos de los instrumentos de ordenación del sistema de planeamiento de Canarias.

— Decreto 59/2006. 20-6-2005. Nombran Registradores de la Propiedad.

— Decreto 101/2006. 11-7-2006. Aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías.

— Decreto 117/2006. 1-8-2006. Por el que se regulan las condiciones de habitabilidad de las viviendas y el procedimiento para la obtención de las cédulas de habitabilidad.

— Orden 9-6-2006. Aprueba el Modelo 600 de autoliquidación del ITP y AJD.

— Orden 13-6-2006. Aprueba el modelo 651 de autoliquidación de donaciones por el IS y D.

— Orden 20-7-2006. Procedimiento general para la tramitación de reintegro de pagos indebidos.

CANTABRIA

— Ley 4/2006. 19-5-2006. Conservación de la Naturaleza de Cantabria.

— Ley 5/2006. 25-5-2006. Medidas Urgentes de Carácter Fiscal.

— Ley 6/2006. 9-6-2006. Prevención de la Contaminación Lumínica.

— Ley 8/2006. 27-6-2006. Estructuras Comerciales de Cantabria.

— Ley 9/2006. 29-6-2006. Creación de la Entidad Pública Empresarial Puertos de Cantabria.

— Ley 10/2006. 17-7-2006. Subvenciones de Cantabria.

— Ley 11/2006. 17-7-2006. Organización y funcionamiento del Servicio Jurídico.

— Ley 12/2006. 17-7-2006. Caza de Cantabria.

— Decreto 61/2006. 1-6-2006. Regula la acreditación de los beneficiarios de subvenciones de estar al corriente de las obligaciones con las Administraciones Públicas.

— Decreto 64/2006. 8-6-2006. Desarrolla la Ley de Cantabria 1/2004, de 1-4-2004, Integral para la Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas.

— Decreto 81/2006. 6-7-2006. Aprueba el Plan Energético de Cantabria, 2006-2011.

— Decreto 82/2006. 13-7-2006. Regula el régimen jurídico y el procedimiento de otorgamiento de autorizaciones en los puertos de Cantabria.

— Orden 12/2006. 3-5-2006. Aprueba los modelos de los documentos de ingreso 521, 522, 523 y 525 para la liquidación de tributos locales.

— Corrección de errores. Ley 3/2006. 18-4-2006. Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

— Decreto 72/06. 30-05-2006. Procedimientos de Arbitraje, Conciliación y Mediación en el ámbito de la economía social.

— Decreto 86/2006. 27-6-2006. Nombra Registradores de la Propiedad para plazas radicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

— Corrección de errores. Decreto 89/2006. 26-6-2006. Regula el procedimiento y las condiciones de la habilitación de los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha para el ejercicio de actuaciones de comprobación en materia de prevención de riesgos laborales en colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 3/2006. 25-5-2006. Creación del Instituto de la Juventud de Castilla y León.

— Ley 4/2006. 25-5-2006. Modificación de la Ley 4/1996, de 12-7-1996, de Caza de Castilla y León.

— Ley 5/2006. 16-6-2006. Cámaras de la Propiedad Urbana de Castilla y León y su Consejo General.

— Decreto Legislativo 1/2006. 25-5-2006. Aprueba el TR de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos cedidos por el Estado.

— Decreto 36/2006. 25-5-2006. Atribuye la competencia en materia de defensa de la competencia y se crea el Tribunal para la Defensa de la Competencia de la Comunidad de Castilla y León.

— Decreto 37/2006. 25-5-2006. Regulan los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o de desamparo.

— Decreto 51/2006. 20-7-2006. Aprueba el Reglamento de la Ley de la Viña y del Vino.

— Decreto 52/2006. 27-7-2006. Establece el calendario de fiestas laborales en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León para el año 2007.

— Orden 907/2006. 26-5-2006. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2006, 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 1275/2006. 11-7-2006. Modifica el Anexo de la Orden PAT/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 1286/2006. 21-7-2006. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-2-2005, 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. Decreto 99/2005. 22-12-2005. Regula la promoción, adquisición y arrendamiento protegido de la Vivienda Joven en Castilla y León.

CATALUÑA

— Ley 6/2006. 26-5-2006. Creación de la Agencia Catalana de la Juventud.

— Ley 7/2006. 31-5-2006. Ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales.

— Ley 8/2006. 5-7-2006. Medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Cataluña.

— Ley 9/2006. 5-7-2006. Modificación del artículo 81 del TR de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña.

— Ley 10/2006. 19-7-2006. Prestación de los servicios de inspección en materia de seguridad industrial.

— Ley 11/2006. 19-7-2006. Modificación de la Carta Municipal de Barcelona.

— Ley 12/2006. 27-7-2006. Medidas en materia de medio ambiente y de modificación de las Leyes 3/1988 y 22/2003, relativas a la protección de los animales; de la Ley 12/1985, de espacios naturales; de la Ley 9/1995, del acceso motorizado al medio natural, y de la Ley 4/2004, relativa al proceso de adecuación de las actividades de incidencia ambiental.

- Ley 13/2006. 27-7-2006. Prestaciones sociales de carácter económico.
- Ley 14/2006. 27-7-2006. Modificación del TR de las Leyes 15/1985, de 1-7-1985, 6/1989, de 25-5-1989, y 13/1993, de 25-11-1993, de Cajas de Ahorros de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1994, de 6-4-1994.
- Ley 15/2006. 27-7-2006. Concesión en los presupuestos de la Generalidad para 2006 de un suplemento de crédito para las elecciones al Parlamento y de un crédito extraordinario y autorizaciones financieras para la ampliación de la Feria de Barcelona (4-8-2006).
- Real Decreto 753/2006. 16-6-2006. Ampliación de medios traspasados a la Generalidad de Cataluña por los Reales Decretos 1950/1980, de 31-7-1980, y 1555/1994, de 8-7-1994, en materia de conservación de la naturaleza.
- Decreto 306/2006. 20-7-2006. Da publicidad a la Ley Orgánica 6/2006, de 19-7-2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Catalunya.
- Corrección de errores. Ley 5/2006. 10-5-2006. Libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.

EXTREMADURA

- Decreto 98/2006. 30-5-2006. Fija el Calendario de días festivos de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2007.
- Decreto 115/2006. 27-6-2006. Regula el procedimiento de adjudicación de viviendas de promoción pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Orden 21-6-2006. Desarrolla el Plan de Vivienda y Suelo de la Comunidad Autónoma de Extremadura, aprobado mediante Decreto 33/2006, de 21-2-2006.

GALICIA

- Ley 1/2006. 5-6-2006. Consejo Agrario Gallego.
- Ley 2/2006. 14-6-2006. Derecho Civil de Galicia.
- Ley 3/2006. 30-6-2006. Creación del Colegio Profesional de Logopedas de Galicia.
- Ley 4/2006. 30-7-2006. Transparencia y buenas prácticas en la Administración Pública.
- Corrección de errores. Ley 4/2006. 30-7-2006. Transparencia y de buenas prácticas en la Administración Pública gallega.
- Ley 5/2006. 30-6-2006. Sobre la protección, la conservación y la mejora de los ríos gallegos.

— Decreto 104/2006. 22-6-2006. Regula la colaboración de las entidades de crédito en la recaudación de los ingresos gestionados por la Consellería de Economía y Hacienda.

— Decreto 111/2006. 30-6-2006. Subvenciones para la rehabilitación y adaptación de edificios de VPO de promoción pública.

— Decreto 120/2006. 20-7-2006. Modifica el Decreto 343/2003, de 11-7-2003, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia.

— Decreto 126/2006. 20-7-2006. Regula el Registro de Convenios de la Xunta de Galicia.

— Decreto 127/2006. 27-7-2006. Crea el Consejo Gallego de la Inmigración.

— Decreto 132/2006. 27-7-2006. Regula los Registros Públicos creados en los artículos 44 y 45 de la Ley 7/2005, de 29-12-2005, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2006.

— Orden 26-5-2006. Aprueba el calendario laboral y los horarios de las oficinas de la Administración de Justicia en Galicia para el año 2006.

— Orden 31-5-2006. Regula la publicidad de las Cajas de Ahorro.

— Corrección de errores. Orden 31-5-2006. Regula la publicidad de las Cajas de Ahorro.

— Orden 2-6-2006. Modifica la Disposición Adicional 1.^a de las Órdenes de 19-5-2005, 30-4-2004 y 5-6-2003, por las que se regula el procedimiento para el pago y la presentación telemáticos de las autoliquidaciones correspondientes al IS y D y al ITP y AJD.

— Corrección de errores. Decreto 48/2006. 23-2-2006. Regula el Programa de Vivienda de Alquiler.

MADRID

— Ley 2/2006. 21-6-2006. Supresión del Consejo Audiovisual de la Comunidad de Madrid.

— Ley 22/2006. 4-7-2006. Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid.

— Decreto 58/2006. 6-7-2006. Aprueba el Reglamento de Casinos de Juego en la Comunidad.

— Orden 1285/2006. 22-6-2006. Regula la tarjeta sanitaria individual en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

MURCIA

— Ley 3/2006. 8-5-2006. Creación de la Entidad Pública del Transporte de la Región de Murcia.

— Ley 4/2006. 28-5-2006. Establecimiento de una bonificación autonómica en el ITP y AJD para determinadas operaciones realizadas por las comunidades de usuarios de agua de la Región de Murcia.

— Ley 5/2006. 16-6-2006. Modificación de la Ley 4/2003, de 10-4-2003, de regulación de los tipos aplicables en el ITP y AJD a las viviendas acogidas al Plan de Vivienda Joven de la Región de Murcia.

— Ley 6/2006. 21-7-2006. Incremento de las medidas de ahorro y conservación en el consumo de agua en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

— Decreto 84/2006. 19-5-2006. Modifica el Decreto 65/1998, de 5-11-1998, sobre las ayudas, prestaciones y medidas de inserción y protección social.

— Decreto 102/2006. 8-6-2006. Aprueban las Directivas y Plan de Ordenación Territorial del Suelo Industrial de la Región de Murcia.

— Orden 14-6-2006. Crea un Registro Telemático auxiliar del Registro General de la Comunidad Autónoma de Murcia para la presentación de escritos, solicitudes y comunicaciones y se establecen los criterios generales de tramitación telemática de determinados procedimientos.

— Orden 23-6-2006. Ordena la publicación del acuerdo del Consejo de Gobierno sobre nombramiento de Registradores.

— Corrección de errores. Decreto 141/2005. 30-12-2005. Regulan las actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo en el ámbito de la región de Murcia para el cuatrienio 2005-2008.

NAVARRA

— Ley Foral 6/2006. 9-6-2006. Contratos Públicos.

— Ley Foral 7/2006. 20-6-2006. Defensa de los Consumidores y Usuarios.

— Ley Foral 8/2006. 20-6-2006. Seguridad Pública de Navarra.

— Ley Foral 9/2006. 5-7-2006. Modifica la Ley Foral 2/1998, de 27-3-1998, del Voluntariado.

— Decreto Foral 31/2006. 22-5-2006. Aprueban los Estatutos del Instituto Navarro de Bienestar Social.

— Decreto Foral 49/2006. 17-7-2006. Modifica el Reglamento del IRPF, aprobado por Decreto Foral 174/1999, de 24-5-1999, y el Reglamento IS, aprobado por Decreto Foral 282/1997, de 13-10-1997.

— Decreto Foral 50/2006. 17-7-2006. Regula el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos (EIT) en el ámbito de la Hacienda Tributaria de Navarra.

— Orden Foral 171/2006. 25-5-2006. Aprueba el modelo del IS e Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos

permanentes S-90, de autoliquidación para los ejercicios iniciados entre el 1-1-2005 y el 31-12-2005, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

— Orden Foral 186/2006. 14-6-2006. Aprueba, para los grupos fiscales que tributen por el régimen de consolidación fiscal, el modelo 220 de autoliquidación del IS para los ejercicios iniciados entre el 1 de enero y el 31-12-2005, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

— Orden Foral 187/2006. 14-6-2006. Establece las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática por internet de los modelos 717, FR-2, S-91, 480, 04, 170, 180, 182, 184, 190, 193, F-50 y 349.

— Orden Foral 188/2006. 4-6-2006. Regula la obligación de presentar determinados modelos de declaración por vía telemática.

— Resolución 489/2006. 7-6-2006. Establece el calendario oficial de fiestas laborales para el año 2007 con carácter retribuido y no recuperable en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra.

— Corrección de errores. Decreto Foral 4/2006. 9-1-2006. Regula las actuaciones protegibles en materia de vivienda y el fomento de la edificación residencial.

PAÍS VASCO

— Ley 1/2006. 23-6-2006. Aguas.

— Ley 2/2006. 30-6-2006. Suelo y Urbanismo.

— Norma Foral 2/2006. 22-3-2006. Convalidación del Decreto Foral. Norma de Urgencia Fiscal 2/2005, de 27-12-2005, por el que se adapta la normativa tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa a determinadas modificaciones introducidas en territorio común por las Leyes 22/2005 y 23/2005.

— Norma Foral 3/2006. 23-3-2006. Convalidación del Decreto Foral. Norma de Urgencia Fiscal 3/2005, de 30-12-2005, por el que se modifica la Norma Foral 7/1996, de 4-7-1996, del IS.

— Norma Foral 4/2006. 11-5-2006. Convalidación del Decreto Foral. Norma de Urgencia Fiscal 1/2006, de 21-2-2006, por el que se adapta la normativa tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa a determinadas modificaciones introducidas en territorio común por la Ley 30/2005 y los Reales Decretos-ley 1/2006 y 2/2006.

— Decreto 107/2006. 23-5-2006. Cuarta modificación del Decreto sobre régimen de VPO y medidas financieras en materia de vivienda y suelo.

— Decreto 119/2006. 13-6-2006. Aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Defensoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres.

— Decreto 154/2006. 18-7-2006. Aprueba el Calendario Oficial de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el año 2007.

— Orden 15-5-2006. Establece los valores catastrales máximos previstos en el Decreto 198/1999, de 20-4-1999, por el que se regula el Ingreso Mínimo de Inserción, a efectos de la consideración del valor excepcional de las viviendas en propiedad.

VALENCIA

— Ley 5/2006. 25-5-2006. Creación de la Agència Valenciana d'Avuació i Prospectiva.

— Ley 6/2006. 9-6-2006. Creación del Colegio Oficial de Bibliotecarios y Documentalistas de la Comunitat Valenciana.

— Ley 7/2006. 9-6-2006. Modificación de la Ley 6/1998, de 22-6-1998, de Ordenación Farmacéutica de la Comunitat Valenciana.

— Decreto 67/2006. 12-5-2006. Aprueba el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística.

— Decreto 81/2006. 9-6-2006. Desarrollo de las medidas y ayudas financieras a la rehabilitación de edificios y viviendas en la Comunitat Valenciana en el marco del Plan Estatal 2005-2008 y del Programa Restauro de la Generalitat.

— Decreto 84/2006. 16-6-2006. Aprueba el Reglamento de la Abogacía General de la Generalitat.

— Decreto 104/2006. 14-7-2006. Planificación y gestión en materia de contaminación acústica.

— Decreto 106/2006. 21-7-2006. Deroga el Decreto 179/1994, de 19-8-1994, por el que se desarrolla el artículo 61 del TR de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat, respecto a la función interventora en su modalidad de fiscalización limitada.

— Decreto 116/2006. 28-7-2006. Aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Comunitat.

— Decreto 120/2006. 11-8-2006. Aprueba el Reglamento de Paisaje de la Comunitat Valenciana.

II. Información de actividades

ANDALUCÍA

Del 13 al 15 de septiembre de 2006 se celebró en Granada el *III FORO HISPANO-MARROQUÍ DE JURISTAS*, organizado por la Fundación Tres Culturas y el Ilustre Colegio de Abogados de Granada.

Inauguración:

Don José MARÍA ROSALES, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Granada.

Don Juan José DOMÍNGUEZ, Presidente del Consejo Andaluz de Colegios de Abogados.

Don José TORRES, Alcalde de Granada.

Don Augusto MÉNDEZ DE LUGO, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Don Víctor Luis GUTIÉRREZ CASTILLO, Fundación Tres Culturas.

Don Mobarak SASI, Presidente de la Asociación de Colegios de Abogados Marroquí.

Don Bernardino LEÓN GROSS, Secretario de Estado de Asuntos Exteriores y Cooperación.

Don Luis MARTÍ MINGARRO, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Don Fernando OLIVÁN LÓPEZ, Presidente del Foro Hispano-Marroquí de Juristas.

Don Jerónimo PÁEZ, Presidente de la Fundación Legado Andalusi.

Don Hachem ALAOUI, Jefe de Gabinete y Consejero particular del Ministro de Justicia del Reino de Marruecos.

Don Joaquín GARCÍA ROMANILLOS VALVERDE, miembro del Consejo General de la Abogacía Española.

Don Omar AZZIMAN, Embajador del Reino de Marruecos en España.

Doña Begoña ÁLVAREZ CIVANTOS, Delegada Provincial de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía.

Sesión I: «El Estatuto Personal Marroquí», «*Le Statut Personnel Marocain*» (doña Carmen DE LOS MÁRTIRES).

Doña Nazihaa HARRAK, Juez de enlace en España.

Don Andrés RODRÍGUEZ BENOT, Vicerrector de la Universidad Pablo de Olavide.

Don Ángel LLORENTE, Juez de Enlace de Marruecos.

Participantes, Letrados del Colegio de Abogados de Marruecos.

Doña M.^a del Mar NAVARRO FERNÁNDEZ, Abogada del Colegio de Granada.
Don Antonio SUÁREZ GARCÍA, Abogado del Colegio de Granada.
Moderador: Don Víctor Luis GUTIÉRREZ CASTILLO, Fundación Tres Culturas del Mediterráneo.

Sesión II: «Remesas y microcréditos», «*Revenus d'immigration et micro-crédits*» (doña Carmen DE LOS MÁRTIRES).

Don José VILLABA, Fundación Caja de Granada.

Don Abdesslam EL FTOUH, Director de Economía e Inversiones. Fundación Hassan II.

Participantes, Letrados del Colegio de Abogados de Marruecos.

Don Miguel Ángel RODRÍGUEZ LLOPIS, Abogado del Colegio de Granada.

Don José Miguel ZURITA ALONSO, Abogado del Colegio de Granada.

Moderador: Don Ramón ENCISO, Comité AVERROES.

Sesión III: «Centros tradicionales, barrios deprimidos y su rehabilitación e integración en la vida urbana», «*Centres traditionnels, banlieues et sa rehabilitation et integration dans la vie urbaine*» (doña Carmen DE LOS MÁRTIRES).

Don César JIMÉNEZ ALCAÑIZ, Arquitecto. Gerente Oficina RIVA - Generalitat Valenciana.

Doña Carmen PÉREZ MOLPECERES, Arquitecta. Oficina RIVA - Generalitat Valenciana.

Don Ángel PANERO PARDO, Arquitecto. Director Oficina Técnica del Consorcio de la ciudad de Santiago de Compostela.

Don Julio SAGASTA SANSANO, Arquitecto. Colegio de Arquitectos de la Comunidad Valenciana.

Don Carlos SÁNCHEZ GÓMEZ, Arquitecto. Colegio Oficial de Arquitectos de Granada.

Don Fernando CEBALLOS-ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Arquitecto. Agencia de la Vivienda. Junta de Extremadura.

Participantes, Letrados del Colegio de Abogados de Marruecos.

Don Enrique HERNÁNDEZ-CARRILLO FUENTES, Abogado del Colegio de Granada.

Doña Marian NÚÑEZ E HINOJOSA, Abogada del Colegio de Granada.

Moderador: Designado por la abogacía marroquí.

Sesión IV: «El sistema registral en la seguridad jurídica», «*Le système de conservation fonciere et la securité juridique*» (doña Carmen DE LOS MÁRTIRES).

Don Fernando ACEDO-RICO HENNING, Director de los Servicios Jurídicos de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid - EMVS.

Don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Don Fernando DE LA PUENTE, Vocal de Relaciones Internacionales de la Junta del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Don Mohammed FELJY, Conservateur Principal Agence Nationale de la Conservation Foncière, du Cadastre et de la Cartographie.

Participantes, Letrados del Colegio de Abogados de Marruecos.

Don Eduardo TORRES GONZÁLEZ-BOZA, Abogado del Colegio de Granada.

Moderador: Don Enrique BEAMUD MARTÍN, Abogado del Colegio de Madrid.

Sesión V: «La protección social y el derecho a la salud», «*Protection sociales et droit a la santé*» (doña Carmen DE LOS MÁRTIRES).

Don Jesús Norberto FERNÁNDEZ MUÑOZ, IMSERSO.

Don Alfredo RIVAS ANTÓN, Director General de la Fundación para la Cooperación y Salud Internacional Carlos III. Ministerio de Sanidad y Consumo.

Don Moustapha RAISSOUNI, Presidente Fundación Darelhana.

Don Antonio MILLÁN MOYA, Secretario General de la Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo.

Participantes, Letrados del Colegio de Abogados de Marruecos.

Don Leandro CABRERA MERCADO, Abogado del Colegio de Granada.

Moderador: Don José Ramón ANTÓN BOIX, Abogado del Colegio de Madrid.

Sesión VI: «El Derecho penitenciario en las relaciones hispano-marroquíes», «*Le droit pénitentiaire dans les relations hispano-marocaines*».

Don Carlos GARCÍA CASTAÑO, Coordinador SOJ Penitenciario. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Doña Paloma ESPARTERO, Consejera Técnica de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

Don Antonio HERNANDO, Fundación Ramón Rubial.

Participantes, Letrados del Colegio de Abogados de Marruecos.

Doña Ana FAYOS PANDO, Abogada del Colegio de Granada.

Moderador: Don José Ramón ANTÓN BOIX, Abogado del Colegio de Madrid.

Sesión VII. «Un futuro universitario común», «*Un futur universitaire commun*».

Don Enrique ÁLVAREZ CONDE, Universidad Rey Juan Carlos.

Don Andrés RODRÍGUEZ BENOT, Universidad Pablo de Olavide.

Don Santiago CASTELLÁ, Universidad Rovira i Virgili.
Doña Oumama AOUAD-LAHRECH, Universidad Med V Rabat.
Participantes, Letrados del Colegio de Abogados de Marruecos.
Don Juan Antonio LUQUE MAZA, Abogado del Colegio de Granada.
Moderador: Don Fernando OLIVÁN, Abogado del Colegio de Madrid. Presidente del Foro Hispano Marroquí de Juristas.

Sesión VIII: «El papel de los medios de comunicación», «*Le role des medias*» (doña Carmen DE LOS MÁRTIRES).

Don Mohammed KHALDI, Embajada del Reino de Marruecos.
Don Ignacio CEMBRERO, Corresponsal de EL PAIS, Rabat.
Don Gerardo VIADA, Abogado.
Don Said IDDA HASSAN, Corresponsal en España Agencia de Noticias marroquí MAP.

Don Houssein MAJDOUBI, Periodista.
Participantes, Letrados del Colegio de Abogados de Marruecos.
Doña Inmaculada JIMÉNEZ LORENTE, Abogada del Colegio de Granada.
Moderador: Don Francisco VIRSEDA BARCA, Abogado del Colegio de Madrid.

Sesión IX: «La inversión española en la reforma agraria», «*L'investissement espagnol dans la reforme agricole*».

Don Daniel PÉREZ GÓMEZ, Director del Instituto de Cuestiones Agrarias y Medioambientales.

Representante de SOGETA.
Representante de EXTENDA.
Participantes, Letrados del Colegio de Abogados de Marruecos.
Doña Marian NÚÑEZ E HINOJOSA, Abogada del Colegio de Granada.
Moderador: Designado por la abogacía marroquí.

Sesión X: «El acceso a la justicia», «*L'access à la justice*».

Don Javier LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, Colegio de Abogados de Granada.

Representante del Consejo Andaluz de Colegios de Abogados.
Representante del Colegio de Abogados de Madrid.
Representante del Colegio de Abogados de Rabat.
Representante del Colegio de Abogados de Casablanca.
Representante del Colegio de Abogados de Tánger.
Moderador: Don Mohammed MOUSTAPHA RAISSOUNI, Secretario del Foro Hispano-Marroquí de Juristas.

MESA REDONDA SOBRE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

Derecho y Economía están íntimamente ligados. La organización jurídica es uno de los pilares en los que se asienta el desarrollo económico. O, dicho de otra forma, no cabe un mercado próspero sin unas normas jurídicas que permitan competir libre y confiadamente a los agentes económicos.

Por eso es muy conveniente, para fomentar las inversiones recíprocas entre Estados, el conocimiento del marco jurídico existente en cada uno de ellos. Sólo los ordenamientos jurídicos desarrollados, que inspiren confianza en el inversor, permitirán que se desarrolle un flujo de intercambios y de entrada de capitales.

Dentro de este marco jurídico tiene un papel preponderante el sistema registral, esto es, la configuración y efectos de que están dotados los Registros de la Propiedad. Cuanto más perfilada y protegida esté la propiedad y demás derechos reales (entre ellos el derecho real de hipoteca), más confianza tendrá el inversor extranjero, mayores capitales captará el mercado interior, y por tanto mayor prosperidad tendrá el país.

Por supuesto —como señaló el Decano del Colegio de Abogados de Madrid, don Luis MARTÍN MINGARRO en la inauguración del Foro— el Registro defiende la propiedad, y ésta es un derecho individual de la persona.

Pero además de proteger los valores de la persona y sus derechos como ciudadano, el Registro es un poderoso instrumento de desarrollo económico si logra articular un buen mecanismo de garantías reales.

El Banco Mundial no es ajeno a este planteamiento. Entre las funciones que realiza está la de conceder créditos a las instituciones financieras de los países en desarrollo. Pero previamente a ello exige que se realicen las reformas estructurales necesarias que garanticen la devolución de los créditos, de forma que estos no se despilfarren. Los inversores deben tener la posibilidad de recuperar lo invertido, por lo que es fundamental un adecuado régimen jurídico de las garantías, tanto de las garantías personales (fianzas, avales), como fundamentalmente de las garantías reales (prenda, hipoteca).

También los Registros de la Propiedad son base fundamental en el desarrollo urbanístico de las ciudades, pues el proceso urbanizador tiene que entenderse con el titular, y éste no puede ser otro que el que el Registro proclame como tal. Cualquiera que sea el sistema de actuación urbanística (expropiación, compensación, cooperación con la Administración, concesión, agente urbanizador, o cualquier otro) debe tomar en consideración las fincas y titulares de las mismas, tal como aparecen en el Registro. Sin éste el proceso urbanizador está condenado a graves irregularidades y retrasos, que perjudican el desarrollo sostenido de la ciudad. En la misma línea el Registrador de la Propiedad puede colaborar con la Administración en el control de las licencias urbanísticas, siempre teniendo en cuenta el principio de que el de-

recho del ciudadano a gozar de la protección registral es superior al control puramente administrativo del proceso urbanizador.

Los registradores españoles participantes en el Foro Hispano-Marroquí de Juristas expusieron sus experiencias dentro de lo que se podría llamar «auditoría internacional», que han llevado a cabo en los últimos años participando en proyectos auspiciados por el Banco Mundial. Es particularmente interesante la realizada en los Balcanes, en diversos Estados procedentes de la extinta ex-Yugoslavia (Croacia, Confederación de Bosnia-Herzegovina, Serbia, Montenegro, Macedonia). En los diversos informes resultantes se ponían de manifiesto los problemas existentes que impedían la inversión y el crecimiento económico, y que el Banco Mundial exigía reformar para conceder crédito. Los principales problemas eran los siguientes:

1.º Falta de claridad en la definición de la propiedad, derivado de dos factores fundamentales: los problemas migratorios derivados de la guerra; y la socialización del suelo urbano en la época del comunismo, que exigía la restitución a los antiguos propietarios o su indemnización. Mientras el problema de la restitución estuviera abierto, pocos inversores de importancia apostarían por este mercado económico.

2.º Desactualización de los Registros de la Propiedad. Los Registros tenían graves retrasos de funcionamiento y años de desfase en los que no se habían registrado los títulos de propiedad o de gravámenes, lo que generaba gran inseguridad jurídica.

3.º Inexistencia de leyes de propiedad horizontal y otras complementarias de las registrales, como son las de ejecución hipotecaria. Sin una adecuada regulación de las normas procesales de ejecución de garantías en caso de impago, el inversor tampoco puede confiar.

Esta situación de inseguridad no se da sin embargo, en el sistema registral del Reino de Marruecos. Los Registradores de la Propiedad marroquíes, participantes en el Foro, explicaron detenidamente en la mesa redonda, su sistema registral, que —pese a lo que pudiera parecer— nada tiene que ver con el sistema francés (que es un sistema de mera inoponibilidad de lo no inscrito frente al que sí inscribe, pero sin mayores efectos de protección).

El sistema registral del Reino de Marruecos, que es ya antiguo pues data de 1915, se basa en el sistema de «Acta Torrens», más bien propio de países «recientes» como Australia, que de países con larga tradición jurídica como es Marruecos. Eso supone que se ha llevado a cabo —y aún se sigue haciendo— un gran esfuerzo por la inmatriculación nueva de las fincas, que sustituya a los antiguos títulos de propiedad, aunque por supuesto basándose en éstos.

El proceso de inmatriculación en Marruecos, aunque coordinado por el Registrador de la Propiedad, conlleva aspectos físicos de delimitación de la tierra, y no sólo de inscripción de la propiedad. Una vez determinada la si-

tuación, superficie y características físicas de la finca y elaborado un plano de la misma en base a datos obtenidos por redes geodésicas, se determina quién es el titular con mejor derecho sobre ella y se procede a la inmatriculación de la finca a su favor. Esta inmatriculación es voluntaria, pero una vez producida toda transmisión o constitución de gravámenes con relación a la misma es de inscripción obligatoria.

Los efectos de la inscripción son muy fuertes, de forma que el titular inscrito es protegido por el Estado a todos los efectos, no sólo entre partes sino también frente a terceros que no han sido parte en el contrato. Da igual que el titular registral pueda no ser verdadero propietario; a efectos oficiales siempre lo es, y el verdadero propietario pierde su derecho subjetivo en beneficio de la seguridad jurídica.

Tal es la fortaleza de los pronunciamientos registrales, que ni siquiera se admite la posibilidad de usucapión *contra tábulas*, esto es, contra titular registral. Ni siquiera en el Reino de España, que es un país de referencia en todo el mundo por los fuertes efectos que se atribuyen a la inscripción, se produce la protección del titular registral frente a quien la pretende adquirir por usucapión. En España existe el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, que admite tal posibilidad, aunque muy restrictivamente (incluso el art. 1.949 del Código Civil exige que el que adquiere por prescripción o usucapión tenga también título inscrito). Pero es que en el Reino de Marruecos lo excluye en todo caso. El titular registral puede estar tranquilo que nadie va a adquirir la propiedad de su finca sin su consentimiento.

El sistema registral marroquí, por lo demás, es muy similar al español en otros aspectos, lo que significa que está muy desarrollado: se lleva por fincas, esto es, no es un mero depósito de contratos, sino que en el folio de la finca consta todo su historial jurídico; el registrador califica la legalidad de los títulos o contratos que pretenden su inscripción, por lo que el adquirente de un inmueble puede confiar plenamente en la validez de lo que el Registro publica, evitando fraudes; los Registros dependen de una agencia que se autofinancia y no directamente de la Administración. Quizá la mayor diferencia se produce en que en España la intervención de un notario en la contratación inmobiliaria es preceptiva si se quiere acudir a la protección del Registro de la Propiedad (salvo supuestos excepcionales de documentos privados), mientras que en Marruecos la intervención notarial es puramente voluntaria, pues cabe también la intervención de los abogados en la redacción de los títulos o contratos que se van a inscribir en los Registros de la Propiedad. Esto le dota de mayor flexibilidad.

Por supuesto también están regulados los recursos contra la calificación de los Registradores. Estos recursos son fundamentalmente judiciales, aunque el juez no interviene en el funcionamiento ordinario de los Registros (precisamente esta dependencia permanente se considera perjudicial, por la lentitud

de los juzgados, como ocurría en Bosnia-Herzegovina, donde todo contrato debía validarse judicialmente con el consiguiente retraso que eso suponía).

Todo esto permite asegurar al eventual comprador en el Reino de Marruecos, al igual que en España, que nunca va a sufrir un engaño siempre que consulte previamente los Registros de la Propiedad, y su inversión la canalice a través de un abogado de confianza.

Esta situación de confianza ha permitido el desarrollo de un incipiente mercado hipotecario primario, esto es, de concesión de préstamos hipotecarios. Se calcula en 2.700 millones de euros el saldo vivo de préstamos hipotecarios en Marruecos. Nada que ver todavía con los casi 800.000 millones de euros de saldo vivo de créditos hipotecarios en el mercado hipotecario español, pero es sabido que el «boom» inmobiliario español es excepcional, y en cierta medida también con efectos colaterales (especialmente se ha criticado la falta de control del urbanismo en las costas españolas, al menos hasta la aprobación de la Ley de Costas de 1988).

Marruecos se convierte así en un país de inversión inmobiliaria, gracias por supuesto a la estabilidad de sus instituciones, pero también gracias al esfuerzo realizado en dotarse de un sistema registral avanzado.

En este sentido, se considera fundamental que los Registros de la Propiedad estén informatizados, con recuperación telemática de sus bases de datos y con posibilidad de consulta de las mismas a través de internet, sin necesidad de desplazamientos físicos. En este sentido, los representantes del Reino de Marruecos en el Foro manifestaron su interés en conocer directamente los avances realizados por España en la informatización de los Registros, dado que son conocidos los avances realizados en leyes recientes. De hecho desde la Ley 24/2001 en España todos los Registros de la Propiedad y Mercantiles tienen recuperados sus archivos, cabe la consulta *on line* de sus bases de datos (sin perjuicio del control por parte del Registrador del interés legítimo de quien solicita información, pues no toda persona o particular está legitimado para ello), y están dotados de firma electrónica reconocida.

Los principales avances producidos en la informatización de los Registros y en el uso de la firma electrónica, se dan en materia mercantil, donde ya es posible la constitución de compañías mercantiles a través de un proceso totalmente telemático (la denominada sociedad nueva empresa) y donde se pueden presentar *on line* los depósitos de las cuentas de las empresas. También en el ámbito de los Registros de Bienes Muebles existe una gran utilización de las nuevas tecnologías, en particular en la constitución y cancelación de *leasings* y ventas a plazos sobre bienes muebles. En cuanto a los inmuebles, existen ya Registros pilotos para implantar en breve la firma electrónica, de forma que el notario remita el contenido encriptado y sin posibilidad de alteración de las escrituras públicas, si bien todavía no es un proceso generalizado.

En definitiva, el mantenimiento del Foro de Juristas Hispano-Marroquí (y la participación recíproca de Registradores de ambos países) se consideró de importancia decisiva para el conocimiento recíproco de las instituciones y para facilitar el intercambio de experiencias en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, que se considera, a su vez, pieza clave de las inversiones.

Conclusiones

1.^a Se considera muy conveniente para el desarrollo de las inversiones del Reino de España en el Reino de Marruecos y viceversa, el fomento del mutuo conocimiento de las instituciones jurídicas en general, y registrales en particular.

2.^a Se acuerda mantener relaciones periódicas entre los participantes del Foro Hispano-Marroquí de Juristas para intercambiar experiencias en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva.

3.^a No puede existir desarrollo económico sin unos Registros de la Propiedad con fuertes efectos de protección de los derechos inscritos, en particular de la propiedad y de la hipoteca. Estos Registros de la Propiedad deben estar dotados de las más modernas técnicas de recuperación de archivos, firma electrónica, emisión de información telemática por internet y tratamiento automatizado de sus bases de datos.

4.^a Marruecos manifiesta su interés en conocer las experiencias en materia de firma electrónica en España dentro del ámbito de los Registros. A este respecto, el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España cursa invitación a los registradores de Marruecos para realizar próximamente una visita a las instalaciones de los Registros de España.

5.^a Los participantes de ambas nacionalidades manifiestan su agrado por haber participado en el Foro, y la delegación española expresa su satisfacción por haber conocido el alto grado de desarrollo del sistema registral marroquí.

* * *

Del 30 de octubre al 1 de noviembre de 2006 se celebra en Granada, en el Palacio de Congresos, el 3.^{er} CONGRESO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA, organizado por Registradores de España.

Lunes, 30 de octubre

Sesión inaugural:

- Intervención de don José TORRES HURTADO, Alcalde de Granada.

- Palabras de bienvenida de don Eduardo ENTRALA BUENO, Decano Territorial de Andalucía Oriental.
- Discurso de don Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, Decano-Presidente del Colegio de Registradores.
- Doña Fuensanta COVES BOTELLA, Consejera de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía.

Inauguración oficial:

A cargo de la Excm. señora doña Cristina NARBONA RUIZ, Ministra de Medio Ambiente.

Ponencia Principal en plenario:

A cargo de don Hernando DE SOTO, Presidente del Instituto Libertad y Democracia (ILD) con sede en Lima, Perú. «La economía institucional y ambiental como clave para la formación de las empresas y para la formación de los mercados en relación al territorio».

Modera: Don Eduardo ENTRALA BUENO, Decano Territorial de Andalucía Oriental.

Ponencias:

Medio Ambiente:

- «Legislación ambiental y su relación con la información referenciada, el derecho al acceso a la información ambiental y el proyecto de directiva INSPIRE», por don Javier RUIZ TOMÁS, Subdirector de la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea. Dpto. Legal.

Modera: Doña M.^a Pilar GARCÍA GOYENCHE, Registradora de la Propiedad de Villarreal 2 (Castellón).

- «El Registro de la Propiedad del siglo XXI: nuevos retos y nuevas ilusiones», por don FRANCISCO DE ASÍS PALACIOS CRIADO, Registrador de la Propiedad de Priego de Córdoba y Vocal de Medio Ambiente de Andalucía Oriental.

Modera: Doña M.^a Pilar GARCÍA GOYENCHE, Registradora de la Propiedad de Villarreal 2 (Castellón).

- «Información ambiental asociada a las bases gráficas registrales: la cédula ambiental», por don Óscar Germán VÁZQUEZ ASENJO, Registrador de la Propiedad de Tacoronte, Vocal de Medio Ambiente y Vice-decano de Canarias (Tenerife).

Modera: Doña M.^a Pilar GARCÍA GOYENCHE, Registradora de la Propiedad de Villarreal 2 (Castellón).

Hipotecas:

- «Problemática actual de la hipoteca», por don Pedro ÁVILA NAVARRO, Registrador de la Propiedad de Girona 1.
- «La reforma de la hipoteca al servicio de necesidades sociales», por doña Pilar BLANCO-MORALES LIMONES, Catedrática de Derecho Internacional Privado y Directora General de los Registros y del Notariado.

Comunicaciones:

- «La hipoteca inversa y bajo condición suspensiva», por don Jesús MURO VILLALÓN, Registrador de la Propiedad de Sant Boi de Llobregat.
- «El mercado secundario hipotecario», por don José Luis VALLE MUÑOZ, Registrador de la Propiedad de Barcelona 11.
- «La subrogación en los préstamos y créditos hipotecarios en el marco de la flexibilización del mercado», por don Alfonso HERNÁNDEZ MORENO, Catedrático Director del CIDDRIM.

Martes, 31 de octubre

Ponencias:

Medio Ambiente:

- «Las Oficinas Registrales de información Ambiental y Territorial a debate», por don Mariano VA AGUAVIVA, Registrador de la Propiedad de Mataró 1. Oficina Registral de Información Ambiental y Territorial de Maresme Sur, Mataró (Barcelona); don Gabriel GRAGERA IBÁÑEZ, Registrador de la Propiedad de Nules 1. Oficina Registral de Información Ambiental y Territorial de Nules (Castellón) y don Pedro FANDOS PONS, Registrador de la Propiedad de Castellote (Teruel). Modera: Doña M.^a Mercedes TORMO SANTONJA, Registradora de la Propiedad de Barcelona 18.
- «Las oportunidades y las limitaciones legales del dominio en aplicación del Derecho Ambiental», por don Reynaldo VÁZQUEZ DE LA PUERTA, Registrador de la Propiedad de Algete y Vocal de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid, y doña M.^a Belén GÓMEZ VALLE, Registradora de la Propiedad de Albarracín. Modera: Doña M.^a Mercedes TORMO SANTONJA, Registradora de la Propiedad de Barcelona 18.
- «La protección del dominio público en el Registro de la Propiedad», por don Javier ESPIAGO GONZÁLEZ, Catedrático de Cartografía de la Facultad de Geografía de la Universidad Autónoma de Madrid, y don

Jorge REQUEJO LIBERAL, Registrador de la Propiedad de Valladolid 6 y Decano Autonómico de Castilla y León.

Modera: Doña M.^a Mercedes TORMO SANTONJA, Registradora de la Propiedad de Barcelona 18.

- «Registro Mercantil e información ambiental», por don Ignacio MADRID ALONSO, Registrador Mercantil de Sevilla 1, III Mercantil.
Modera: Don Miguel SEOANE DE LA PARRA, Registrador Mercantil de Madrid.

Mesa Redonda:

- «Aplicación de la legislación sobre información ambiental en relación al territorio y al Medio Ambiente para hacer ésta más accesible a los ciudadanos, favoreciendo su participación».

Intervienen: Doña Alicia CAMACHO GARCÍA, Secretaria General Técnica del Ministerio de Medio Ambiente; don Juan ESPADAS CEJAS, Viceconsejero de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía; don Juan LÓPEZ DOMECH, Secretario General Técnico de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía; don Estanislao ARANA GARCÍA, Director del Master de Derecho Ambiental y Urbanístico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, y don José Luis SALAZAR MÁÑEZ, Secretariado de Medio Ambiente del Colegio de Registradores.

Modera: Don Valentín BARRIGA RINCÓN, Registrador de la Propiedad de Salamanca 2 y Mercantil y Vocal de Consumidores y Medio Ambiente de la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores.

Hipotecas:

Mesa de trabajo: «Reformas normativas europeas en materia de hipoteca».

Modera: Don Fernando CANALS BRAGE, Registrador de la Propiedad de Logroño 1.

Comunicaciones:

- «Análisis del sistema hipotecario griego», por doña Elina MOUSTAIRA, Universidad de Atenas.
- «German mortgages as loan collateral and the mortgaging process: The accessory and the non accessory type», por don Andreas LUCKOW, Association of German Mortgage Banks (Germany).
- «L'hypothèque rechargeable en droit français», por don Pierre GROCC, Universidad de París II. Panteón Assas.
- «La Eurohipoteca», por doña Esther MUÑIZ ESPADA, Universidad de Valladolid.

Ponencias:

- «La hipoteca y la protección de los consumidores», por don Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Catedrático de Derecho Civil de UNED. Presidente de la Asociación Española de la CIEC y Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación.
- «La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia», por don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Coloquio:

Intervienen:

Don Pedro ÁVILA NAVARRO.
Don Jesús MURO VILLALÓN.
Don José Luis VALLE MUÑOZ.
Don Juan María DÍAZ FRAILE.
Don Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO.
Doña Elina MOUSTAIRA.
Don Andreas LUCKOW.
Don Pierre CROCQ.
Doña Esther MUÑIZ ESPADA.
Don Carlos LASARTE ÁLVAREZ.

Mesa Redonda:

- «Pactos adicionales en el derecho hipoteca. La hipoteca desde el punto de vista de las entidades de crédito».

Intervienen: Don Vicente MORENO-TORRES CAMY, Notario Honorario; don Andrés TORTOSA MUÑOZ, Decano del Colegio Notarial de Granada; don Javier Díe LAMANA, Registrador de la Propiedad, Notario y ex Director General de los Registros y del Notariado; don Sebastián SASTRE PAPIOL, Jefe de la Asesoría Jurídica de La Caixa; don Rafael SANZ COMPANY, Director de la Asesoría Jurídica del BBVA; don Alfredo CARMONA SALGADO, Director de Servicios Jurídicos de la Caja General de Ahorros de Granada, y don Gregorio MAYAYO CHUECA, Presidente de la Asociación Hipotecaria Española.

Modera: Don José Tomás BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, Registrador de la Propiedad de Murcia 6 y Vocal de Relaciones Institucionales de la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores.

Miércoles, 1 de noviembre

Sesión plenaria de conclusiones.

Clausura oficial del Congreso:

- Excmo. Señor don Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, Decano-Presidente del Colegio de Registradores.
- Ilma. Señora doña Pilar BLANCO-MORALES LIMONES, Directora General de los Registros y del Notariado.
- Palabras de la Excmo. Señora doña María José LÓPEZ GONZÁLEZ, Consejera de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía.
- Discurso de clausura a cargo del Excmo. Señor don Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, Ministro de Justicia.

ARAGÓN

Los días 11 al 13 de julio, organizado por la Universidad de Zaragoza, en la ciudad de Tarazona tuvo lugar el CURSO *INTERVENCIÓN EN EL PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO*.

Los días 12 al 14 de julio, dentro de los Cursos de Verano de la Universidad de Teruel, en la población de Molinos tuvo lugar el CURSO *LA UNIÓN EUROPEA Y EL DESARROLLO LOCAL. EXPERIENCIA Y PERSPECTIVA*.

Los días 18 al 21 de julio, la Universidad de Verano de Teruel, patrocinado por el Gobierno de Aragón, organizó el *III FORO DE INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR*, entre cuyos objetivos está el conocer la naturaleza de los contratos de compraventa de vivienda.

El 25 de julio tuvo lugar la inauguración de las *XXIII JORNADAS UNIVERSITARIAS DE LOS PIRINEOS* en El Grado (Huesca), organizadas por la Universidad de Navarra. Abordaron, entre otros temas, *Cuestiones sobre el derecho y la ética*.

Los días 29 al 31 de agosto, en la Universidad de Verano de Jaca, tuvo lugar el CURSO *LAS MIGRACIONES EN ESPAÑA Y EN LA UNIÓN EUROPEA*, dirigido, especialmente, a estudiantes de Derecho, Sociología, Economistas, Abogados y a otros operadores jurídicos.

CANARIAS

Los días 28 y 29 de septiembre de 2006 se celebraron las *JORNADAS URBANISMO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD*.

Ponencias:

- «Declaración de obra nueva, actos de parcelación. Régimen de los excesos de cabida. Especial alusión a la modificación del título constitutivo de propiedad. Doctrina de la Dirección General de los Registros sobre declaración de obra nueva, actos de parcelación y modificación de título constitutivo de la propiedad horizontal», por don Luis Miguel *López Fernández*, Profesor Titular de Derecho Civil.
- «Régimen de los actos de naturaleza urbanística inscribibles en el Registro de la Propiedad. Aspectos generales del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. La inscripción de la propiedad, anotación preventiva y nota marginal en el ámbito urbanístico», por Luis Miguel *LÓPEZ FERNÁNDEZ*, Profesor Titular de Derecho Civil.
- «Organización del Registro de la Propiedad. Principios hipotecarios. El procedimiento registral», por don Francisco Javier *GÓMEZ GÁLLIGO*, Letrado de la DGRN, Registrador de la Propiedad.
- «Inmatriculación y procedimientos inmatriculadores. Modificación de la finca en el Registro», por don Diego *HERMOSO MESA*, Director del Servicio Registral de Protección de Consumidores y usuarios, Registrador de la Propiedad.
- «Inscripción en el Registro de la Propiedad de proyectos de equidistribución. Problemas de práctica jurídica, soluciones», por don Luis *M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA*, Decano del Colegio de Registradores de Las Palmas, ex-Director General de los Registros y del Notariado, Registrador de la Propiedad.
- «Análisis de ejemplo práctico de inscripción de proyectos de equidistribución», por don Luis *M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA* y don Francisco Javier *GÓMEZ GÁLLIGO*.
- «Régimen de inscripción de expropiaciones urbanísticas, cesiones de terrenos. Reflejo registral del convenio urbanístico. Análisis. Resoluciones de la DGRN», por don José Antonio *GARCÍA TREVIJANO*, Letrado del Consejo de Estado, Abogado.
- «Relación del Registro de la Propiedad con los procedimientos de disciplina urbanística y de interposición de recurso contencioso-administrativo. Reflejo registral de los aprovechamientos urbanísticos», por don José Antonio *GARCÍA TREVIJANO*, Letrado del Consejo de Estado, Abogado.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 227 (Julio-Agosto 2006)

«Crónica Europea», por S. GALERA RODRIGO y B. HERNÁNDEZ-BATALLER, pág. 11.

SUMARIO: I. **NORMATIVA:** 1. DIRECTIVA SOBRE LA EFICIENCIA ENERGÉTICA DE LOS EDIFICIOS. 2. DIRECTIVAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS: APLICACIÓN DESDE ENERO DE 2006.—II. **JURISPRUDENCIA:** 1. PROTECCIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS Y TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES. 2. SOBRE «DELITOS AMBIENTALES EUROPEOS». SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2005, AS. C-176/03.—III. **VARIA:** 1. EL URBANISMO VALENCIANO Y EL DERECHO COMUNITARIO. 2. «URBAN AUDIT». 3. V CONFERENCIA EUROPEA DE CIUDADES SOSTENIBLES. SEVILLA, 21 A 25 DE MARZO DE 2007.

«Apuntes de “Jurisprudencia Registral” (VI)», por Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, pág. 25.

SUMARIO: 1. INSCRIPCIÓN DE LAS OBRAS NUEVAS Y DE SUS MODIFICACIONES: 1.1. LOS REQUISITOS LEGALES SON EXIGIBLES TAMBIÉN EN CASO DE INMATRICULACIÓN: 1.2. INSCRIPCIÓN DEL CAMBIO DE USO DE PISOS Y LOCALES: NO ES PRECISA LICENCIA URBANÍSTICA SALVO DISPOSICIÓN TERMINANTE DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA. 1.3. CONTROL DE LA ADECUACIÓN ENTRE LA OBRA Y EL PROYECTO.—2. INSCRIPCIÓN DE ACTOS DE PARCELACIÓN: 2.1. ADQUISICIÓN POR SILENCIO POSITIVO DE LA LICENCIA DE PARCELACIÓN. 2.2. EN SUELO NO URBANIZABLE: CALIFICACIÓN SEGÚN LEGISLACIÓN VIGENTE AL TIEMPO DEL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA. 2.3. LA REANUDACIÓN DEL TRACTO REGISTRAL SOBRE PARTE DE UNA FINCA REQUIERE LICENCIA DE SEGREGACIÓN. 2.4. USUCAPIÓN PARCIAL DE UNA FINCA DECLARADA POR SENTENCIA EJECUTORIA: SU INSCRIPCIÓN NO PRECISA LICENCIA DE PARCELACIÓN. 2.5. LA AUTONOMÍA EN EL TRÁFICO DE LAS PORCIONES ES EL ELEMENTO DETERMINANTE DE LA NECESIDAD DE LICENCIA DE PARCELACIÓN. 2.6. EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DE SEGREGACIONES EN SUELO RÚSTICO RELACIONADA CON CONSTRUCCIONES NO AGRARIAS: SU APRECIACIÓN ES COMPETENCIA MUNICIPAL. 2.7. VERIFICADOS EN SUELO RÚSTICO DE ANDALUCÍA CON RESPETO DE LA UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO: NECESIDAD DE LICENCIA O DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA DE SER INNECESARIA. 2.8. VERIFICADOS EN SUELO RÚSTICO DE CASTILLA-LA MANCHA Y CON RESPETO DE LA UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO: NECESIDAD DE LICENCIA O DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA DE SER INNECESARIA. 2.9. TRANSMISIÓN DE CUOTA PROINDIVISO PREEXISTENTE Y SIN ASIGNACIÓN EXCLUSIVA DE ESPACIOS DE UNA FINCA RÚSTICA EN ANDALUCÍA: EXIGENCIA DE LICENCIA O DECLARACIÓN DE SER INNECESARIA. 2.10. NECESIDAD DE LICENCIA EN ANDALUCÍA PARA LA DIVISIÓN HORIZONTAL DE

UN EDIFICIO SITO EN SUELO RÚSTICO. 2.11. CONSTITUCIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL «TUMBADA» PREEXISTIENDO DOS VIVIENDAS FÍSICAMENTE INDEPENDIENTES Y EN SUELO RÚSTICO DE ANDALUCÍA: NECESIDAD DE LICENCIA O DECLARACIÓN DE SER INNECESARIA.—3. INSCRIPCIÓN DE CESIONES DE INMUEBLES DERIVADAS DE CONTRATOS Y DEMÁS CONVENIOS DE LA ADMINISTRACIÓN: 3.1. ENAJENACIÓN DE INMUEBLES DEL PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO EN PAGO DE GASTOS DE URBANIZACIÓN: NO PRECISA SUBASTA.—4. ANOTACIONES PREVENTIVAS ORDENADAS EN PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: 4.1. NO PUEDEN ANOTARSE MEDIDAS CAUTELARES QUE AFECTEN EXCLUSIVAMENTE A LA POSESIÓN.—5. NOTA MARGINAL DE CONDICIONES IMPUESTAS SOBRE DETERMINADAS FINCAS: 5.1. NECESIDAD DE CERTIFICACIÓN DEL ACUERDO ADOPTADO.

«La disponibilidad de agua como requisito de la aprobación de los planes urbanísticos. Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 14 de febrero de 2005», por Isabel CAROPATÓN CARMONA, pág. 53.

SUMARIO: 1. LOS HECHOS Y EL FALLO: ANULACIÓN JUDICIAL DE UN PLAN PARCIAL POR FALTA DE ACREDITACIÓN DEL SUMINISTRO DE AGUA.—2. DICHA ACREDITACIÓN FORMA PARTE DEL CONTENIDO OBLIGATORIO DE LOS PLANES PARCIALES DE ACUERDO CON EL REGLAMENTO ESTATAL DE PLANEAMIENTO.—3. EL REGLAMENTO DE URBANISMO DE CASTILLA Y LEÓN REBAJA EN ESTE PUNTO EL CONTENIDO DEL PLAN.—4. LAS PREVISIONES (INSUFICIENTES) DE LA NORMATIVA DE AGUAS.—5. CONCLUSIÓN.

«Los convenios urbanísticos en el estrado. ¿La inexistencia de una construcción sistemática por parte de los Tribunales? Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia (1999-2005)», por Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO, pág. 73.

SUMARIO: 0. INTRODUCCIÓN.—I. EL CARÁCTER ADMINISTRATIVO DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS: A) FUNDAMENTO DE LOS CONVENIOS. B) NATURALEZA CONTRACTUAL JURÍDICO-ADMINISTRATIVA.—II. EL CONVENIO NO VINCULA EN NINGÚN CASO LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE PLANEAMIENTO.—III. ¿ESTRUCTURA BILATERAL O UNILATERAL DEL CONVENIO?—IV. LA VALIDEZ DE LOS CONVENIOS. EL RESPETO A LAS NORMAS IMPERATIVAS: A) LA Dicotomía NORMAS IMPERATIVAS Y NORMAS DISPOSITIVAS. B) SUPUESTOS CONCRETOS DE VULNERACIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS. C) EL CONTENIDO VÁLIDAMENTE ADMISIBLE DE LOS CONVENIOS. D) CONSECUENCIA DE LA NULIDAD DEL CONVENIO.—V. ¿EFECTOS FRENTE A TERCEROS?: A) LAS PARTES DEL CONVENIO. B) EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS FRENTE A TERCEROS QUE NO SON PARTE.—VI. INTERPRETACIÓN DE LOS CONVENIOS: A) INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL CLAUSULADO DEL CONVENIO. B) INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO DE PLANEAMIENTO EN FUNCIÓN DEL PLAN EFECTIVAMENTE APROBADO. C) INTEGRACIÓN DEL CONVENIO DE GESTIÓN CON LA LICENCIA DE EDIFICACIÓN PREVIAMENTE OTORGADA. D) INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL.—VII. INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO Y RESPONSABILIDAD:

A) EJECUCIÓN SUBSIDIARIA DE LA OBLIGACIÓN INCUMPLIDA POR EL PARTICULAR. B) INCUMPLIMIENTO DE LAS PRESTACIONES Y RESPONSABILIDAD. C) RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EXTRA CONTRACTUAL POR EJECUCIÓN DEFECTUOSA DE LAS PRESTACIONES QUE OCASIONA UN DAÑO AL PARTICULAR. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CIVILES. D) RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL ADMINISTRATIVA. E) NO SE ACLARA SI LA RESPONSABILIDAD ES CIVIL O ADMINISTRATIVA. F) PROCEDIMIENTO PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD.—VIII. REVISIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS CONVENIOS.—IX. IMPUGNACIÓN JURISDICCIONAL DE LOS CONVENIOS: A) EL OBJETO DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ES EL ACTO DE APROBACIÓN DEL CONVENIO. B) INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA ANTE LA POSTERIOR IMPUGNACIÓN DEL PLANEAMIENTO QUE INCORPORA EL CONTENIDO DEL CONVENIO. C) ALCANCE DE LA ACCIÓN PÚBLICA.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 15 (2006)

«De nuevo el Fuero de Baylío», por Javier SÁNCHEZ-ARJONA.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CUESTIONES SUPERADAS.—III. LAS PONENCIAS DEL CONGRESO.—IV. PRINCIPALES DISCREPANCIAS EN LA APLICACIÓN DIARIA DEL FUERO PUESTAS DE MANIFIESTO DURANTE EL CONGRESO: 1. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN. 2. SUPUESTOS DE DIVORCIO DE LOS CÓNYUGES. 3. DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO. 4. RESERVAS LEGALES.—V. CONCLUSIONES.

Número 16 (2006)

«Efectos del concurso sobre los contratos bilaterales (1)», por M.^a Ángeles FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DE CONTRATO BILATERAL Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESOLUCIÓN.—III. EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS BILATERALES.—IV. EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS BILATERALES PENDIENTES DE EJECUCIÓN.—V. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO: 1. RÉGIMEN GENERAL PREVISTO EN LA LEY CONCURSAL. 2. EJERCICIO Y EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN. 3. EL MANTENIMIENTO JUDICIAL DEL CONTRATO.

«Un ámbito de impunidad para la discriminación por razón de género: los títulos nobiliarios», por Juan MOLINS GARCÍA-ATANCE (sin sumario).

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

«Límites internacionales al poder constituyente», por Luis María Díez-PICAZO, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FUNDAMENTO DE LOS LÍMITES INTERNACIONALES AL PODER CONSTITUYENTE.—III. CONTENIDO MATERIAL DE LOS LÍMITES INTERNACIONALES AL PODER CONSTITUYENTE: 1. DERECHOS HUMANOS. 2. OTRAS MATERIAS. 3. ¿IMPONE EL DERECHO INTERNACIONAL LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR UN RÉGIMEN DEMOCRÁTICO?—IV. FUERZA OBLIGATORIA DE LOS LÍMITES INTERNACIONALES AL PODER CONSTITUYENTE.—V. REFERENCIA AL *SOFT LAW* Y A LA COOPERACIÓN CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL.

«El Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo», por Tommaso Edoardo FROSINI, pág. 33.

SUMARIO: 1. EL ESCENARIO.—2. LA TRAYECTORIA JURÍDICA QUE LLEVA A GUANTÁNAMO.—3. GUANTÁNAMO, A LEGAL *BLACK HOLE*.—4. DESDE GUANTÁNAMO A TRAVÉS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS.—5. 28 DE JUNIO DE 2004: SE PRONUNCIA EL TRIBUNAL SUPREMO.—6. CONSIDERACIONES FINALES.

«Dependencias y servidumbres del Juez independiente», por Juan Luis REQUEJO PAGÉS, pág. 75.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. JURISDICCIÓN, JUEZ, INDEPENDENCIA.—3. LAS DEPENDENCIAS IMPOSIBLES.—4. LAS DEPENDENCIAS NECESARIAS.—5. ALGUNAS SERVIDUMBRES CONVENIENTES.

«El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España. Análisis de algunas de las propuestas a la luz de la Constitución», por Anamari GARRO VARGAS, pág. 95.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. MARCO DE LAS REFORMAS.—II. PANORAMA GENERAL.—III. ANÁLISIS SOBRE ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA *AD INTRA* DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: A) DE ORDEN JURISPRUDENCIAL: EL AUTOCONTROL: 1. *En el ámbito de la tutela judicial efectiva*. 2. *En el ámbito de la igualdad en la aplicación judicial de la ley*. B) DE ORDEN NORMATIVO: 1. *Relativa al ámbito del recurso de amparo: la exclusión del artículo 24 CE*. 2. *Relativa al origen y naturaleza del objeto impugnado: la exclusión de los actos judiciales*. 3. *Relativa a la extensión de la competencia del Tribunal Constitucional: la reducción de los supuestos*. 4. *Relativa al trámite de admisión: objetivar el recurso de amparo*.—IV. COMENTARIOS SOBRE EL RECIENTE PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LA LOTC.—CONCLUSIÓN.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN Número 10 (Septiembre 2006)

«La doble instancia penal y el recurso de casación», por Pablo CACHÓN VILLAR, pág. 13.

SUMARIO: I. EL DERECHO AL RECURSO.—II. LOS RECURSOS CONTRA SENTENCIAS PENALES EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.—III. EL SISTEMA ESPAÑOL DE RECURSOS PENALES Y LA NORMATIVA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES: 1. INDICACIONES PREVIAS. 2. EL RECURSO DE APELACIÓN. LA DOCTRINA ANTERIOR A LA STC 167/2002, DE 18 DE SEPTIEMBRE. 3. EL RECURSO DE CASACIÓN.—IV. LA DOCTRINA DE LA STC 167/2002 SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN PENAL: 1. INDICACIONES PREVIAS. 2. LA DOCTRINA DEL TEDH. 3. LA DOCTRINA DE LA STC 167/2002.—V. LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA STC 167/2002: 1. CUESTIONES DE HECHO Y DE DERECHO. 2. PRUEBAS PERSONALES: DECLARACIONES DEL ACUSADO Y DE LOS TESTIGOS. 3. PRUEBA PERICIAL. 4. PRUEBA DOCUMENTAL. 5. EL JUICIO DE SEGUNDA INSTANCIA: CUESTIONES RELATIVAS A LA REPRODUCCIÓN DE PRUEBA Y A LA GRABACIÓN DE LAS SESIONES DEL JUICIO DE PRIMERA INSTANCIA. 6. IMPUGNACIÓN DEL CONDENADO EN LA INSTANCIA. 7. CASOS DE EXCEPCIÓN: INEXISTENCIA DE RECURSO A FAVOR DEL CONDENADO POR SENTENCIA PENAL.—VI. CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN: 1. INDICACIONES PREVIAS. 2. LOS DICTÁMENES DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. 3. DOCTRINA DEL TC SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DICTÁMENES DEL COMITÉ. 4. DOCTRINA DEL TS SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DICTÁMENES DEL COMITÉ. 5. LA PRETENSIÓN DE REPARACIÓN DE CONDENAS PENALES.—VII. LA LEY ORGÁNICA 19/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL.—VIII. EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE ADAPTA LA LEGISLACIÓN PROCESAL A LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, SE REFORMA EL RECURSO DE CASACIÓN Y SE GENERALIZA LA DOBLE INSTANCIA PENAL (APROBADO EN EL CONSEJO DE MINISTROS DE 16 DE DICIEMBRE DE 2005): 1. EL RECURSO DE APELACIÓN PENAL SEGÚN EL PROYECTO: 1.1. *Generalización de la segunda instancia penal.* 1.2. *Los motivos de impugnación.* 1.3. *La prueba en la segunda instancia.* 1.4. *La adhesión a la apelación.* 1.5. *La sentencia de apelación.* 2. EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL SEGÚN EL PROYECTO: 2.1. *La función unificadora del Tribunal Supremo.* 2.2. *Las sentencias recurribles en casación.* 2.3. *Los motivos de impugnación.* 2.4. *La adhesión al recurso de casación.* 2.5. *La sentencia de casación.*—IX. BIBLIOGRAFÍA.

«Una Ley para las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla y León», por Federico SANZ RUBIALES, pág. 65.

SUMARIO: I. UNA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA VIEJA RAIGAMBRE CASTELLANA.—II. LAS CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA EN EUROPA Y EN EL MUNDO.—III. LAS CÁMARAS EN ESPAÑA: LA LEY BÁSICA DE 1993 Y LAS LEYES AUTONÓMICAS: 1. COMUNIDAD VALENCIANA. 2. COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA. 3. MADRID. 4. ANDALUCÍA. 5. EXTREMADURA.

6. CATALUÑA. 7. CANARIAS. 8. MURCIA. 9. GALICIA. 10. OTRAS COMUNIDADES.—IV. LAS CÁMARAS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN.—V. NATURALEZA HÍBRIDA DE ESTAS CORPORACIONES.—VI. LAS CÁMARAS COMO COLABORADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. ORGANISMOS CONSULTIVOS: 1.1. *Informes preceptivos*. 1.2. *Propuestas y otros informes*. 2. REPRESENTACIÓN Y OPINIÓN DE LAS CÁMARAS EN INSTITUCIONES Y ORGANISMOS PÚBLICOS. 3. PROGRAMAS COMUNES A TRAVÉS DE CONVENIOS DE COLABORACIÓN. 4. TRAMITACIÓN DE PROGRAMAS PÚBLICOS. 5. FERIAS COMERCIALES. 6. VENTANILLAS ÚNICAS EMPRESARIALES.—VII. OTROS SERVICIOS EN LOS QUE EXISTE COLABORACIÓN: 1. ARBITRAJE. 2. FORMACIÓN. 3. COMERCIO EXTERIOR. 4. ANTENAS. 5. VIVEROS DE EMPRESAS.—VIII. REDES DE CÁMARAS.—IX. NOTAS SOBRE EL PROCESO ELECTORAL.—X. LA TUTELA ADMINISTRATIVA SOBRE LAS CÁMARAS.—XI. ALGUNAS CONCLUSIONES. UNAS CÁMARAS FUERTES AL SERVICIO DE LA SOCIEDAD CIVIL: 1. CONVENIENCIA DE LA LEY. 2. ALCANCE DE LA LEY AUTONÓMICA. ¿ES BÁSICA LA LEY BÁSICA? 3. CONTENIDO: 3.1. *Sobre las funciones de las Cámaras*: a) Estadísticas; b) Ferias y exposiciones; c) Formación; d) Lonjas y bolsas; e) Tramitación de programas y gestión de servicios públicos; f) Ordenación del territorio; g) Comercio exterior; h) Calidad; i) Otras funciones especialmente destacables. 3.2. *Algunos medios para desarrollar las funciones*. 3.3. *Sobre el modelo de Cámara*. 3.4. *Régimen Electoral*. 3.5. *Régimen presupuestario, financiación*. 3.6. *Coordinación y Consejo Regional*. 3.7. *Tutela*. 3.8. *El régimen de personal*. 3.9. *Otros*.—XII. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

«La nueva responsabilidad por daños causados por piezas de caza en Castilla y León tras la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de Medidas Financieras», por José María CABALLERO LOZANO, pág. 135.

SUMARIO: I. DIVERSAS ÉPOCAS EN LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CINEGÉTICA EN CASTILLA Y LEÓN: 1. LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE CAZA DE 1970. 2. LA LEY AUTONÓMICA DE CAZA DE 1996. 3. LOS DAÑOS CAUSADOS AL TRÁFICO VIAL. 4. LA REFORMA DEL SEGURO CINEGÉTICO EN 2001. 5. LA REFORMA DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN LA CIRCULACIÓN. 6. LA NUEVA REGULACIÓN DE 2005.—II. LOS DAÑOS CAUSADOS POR PIEZA DE CAZA EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE: 1. LOS DAÑOS CAUSADOS. 2. CONCEPTO DE PIEZA DE CAZA. 3. DAÑOS CAUSADOS POR LAS PIEZAS DE CAZA DURANTE LA ÉPOCA DE VEDA. 4. DAÑOS CAUSADOS POR ESPECIES NO CINEGÉTICAS Y POR ESPECIES CINEGÉTICAS QUE NO SON PIEZAS DE CAZA. 5. DAÑOS CAUSADOS POR PIEZAS DE CAZA NO ACOTADAS: 5.1. *Derecho derogado*. 5.2. *Derecho vigente*.—III. EL CARÁCTER CINEGÉTICO O NO CINEGÉTICO DEL TERRENO DONDE SE CAUSA EL DAÑO.—IV. LA APLICACIÓN DE LA LEY DE CAZA DE 1970: 1. LAS PIEZAS DE CAZA. 2. EL TERRENO DE PROCEDENCIA DE LA PIEZA: 2.1. *Las reservas regionales de caza*. 2.2. *Los cotos de caza*. 2.3. *Las zonas de caza controlada*. 2.4. *Los refugios de fauna*. 2.5. *Las zonas de seguridad*. 2.6. *Los terrenos vedados*. 2.7. *Los parques nacionales*. 3. LA PROCEDENCIA. 4. LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 5. LOS RESPONSABLES DE LOS DAÑOS CAUSADOS: 5.1. *La responsabilidad principal del titular del aprovechamiento cinegético*. 5.2. *La responsabilidad subsidiaria del propietario del terreno o del gestor cinegético*.—V. LOS DAÑOS CAUSADOS A LOS VEHÍCULOS EN CIRCULACIÓN: 1. EL ACCIDENTE POR ATROPELLO: 1.1. *El perjudicado*. 1.2. *El accidente*

de tráfico. 1.3. *Las especies cinegéticas*. 2. LA RESPONSABILIDAD: 2.1. *El conductor del vehículo*. 2.2. *El titular del aprovechamiento cinegético del terreno*. 2.3. *El titular de la vía pública*. 2.4. *La Administración competente en materia de caza*. 2.5. *Comportamiento diligente de los eventuales responsables*.—VI. DAÑOS CAUSADOS EN LOS TERRENOS VEDADOS.—VII. LOS DAÑOS CAUSADOS POR LAS PALOMAS.—VIII. MATERIAS SUPRIMIDAS POR EL NUEVO ARTÍCULO: EL SEGURO OBLIGATORIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.—IX. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

«La determinación de la normativa aplicable en el proceso social español en los litigios surgidos en el marco de los desplazamientos transnacionales de trabajadores. Alegación y prueba del Derecho extranjero», por Javier FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, pág. 207.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS DESPLAZAMIENTOS COMO VARIANTE DE MOVILIDAD LABORAL INTERNACIONAL. DE LA MOVILIDAD POR EL EMPLEO A LA MOVILIDAD EN EL EMPLEO.—III. EL DESPLAZAMIENTO COMO RESPUESTA A LAS NUEVAS NECESIDADES Y VARIACIONES EN LA DEMANDA DE SERVICIOS INTERNACIONALES.—IV. LOS DESPLAZAMIENTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.—V. LEY APPLICABLE AL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA Y EL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO: 1. PRINCIPIOS BÁSICOS EN LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA CONDICIONANTES DE LOS DESPLAZAMIENTOS DE TRABAJADORES: 1.1. *El principio de equivalencia*. 1.2. *Los principios de libertad de establecimiento y prestación de servicios y libertad de circulación de los trabajadores*. 1.3. *La competencia leal como premisa para el fomento de las prestaciones transnacionales de servicios*. 2. DELIMITACIÓN FINAL DEL DESPLAZAMIENTO CON RÉGIMEN JURÍDICO ESPECÍFICO EN LA UNIÓN EUROPEA Y EL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO. 3. LEY APPLICABLE A LOS DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES EN EL TERRITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA: 3.1. *El Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales*. 3.2. *La Directiva 96/71/CE, del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*: a) Inclusiones y exclusiones. Ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE; b) La Ley aplicable.—VI. PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y DETERMINACIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE ANTE LOS TRIBUNALES DE LO SOCIAL EN EL MARCO DE UN DESPLAZAMIENTO TRANSNACIONAL DE TRABAJADORES A PAÍSES NO COMUNITARIOS: 1. ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO. 2. LA FALTA DE ALEGACIÓN Y/O PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO DESIGNADO POR LA NORMA DE CONFLICTO. LA ACTUACIÓN DE LOS TRIBUNALES Y LA NECESIDAD DE CONCRETAR UN CRITERIO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL EN LA MATERIA.—VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

«Regulación legal de las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación», por Camelia PIZARRO MILLÁN, pág. 275.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS A LA LEY 14/2005, SOBRE LAS CLÁUSULAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS REFERIDAS AL

CUMPLIMIENTO DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN: 1. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA DE LA LEY 8/1980, DE 10 DE MARZO, Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 22/1981. 2. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA DEL TEXTO REFUNDIDO DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1995, DE 24 DE MARZO. 3. EL REAL DECRETO-LEY 5/2001, DE 2 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO PARA EL INCREMENTO DEL EMPLEO Y LA MEJORA DE SU CALIDAD, Y LA LEY 12/2001, DE 9 DE JULIO.—II. SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 9 DE MARZO DE 2004, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA NÚMERO 765/2003.—III. LA LEY 14/2005, DE 1 DE JULIO, SOBRE LAS CLÁUSULAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS REFERIDAS AL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN.

«Clasificación y valoración del suelo en el Borrador de la nueva Ley del Suelo», por FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, pág. 295.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CLASIFICACIÓN DEL SUELO.—III. NORMAS DE VALORACIÓN: 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. MARGEN DEL LEGISLADOR PARA CONFIGURAR EL RÉGIMEN DE VALORACIONES: PRECIO REAL Y PRECIO LEGÍTIMO. 3. VALOR URBANÍSTICO Y CATASTRAL. NORMATIVA.—IV. VALORACIÓN DEL SUELO RÚSTICO.—V. VALORACIÓN DEL SUELO URBANO.—VI. GASTOS DE URBANIZACIÓN.—VII. VALORACIÓN DE OTROS BIENES Y DERECHOS.—VIII. REGÍMENES TRANSITORIOS.

«Descripción de las fincas en el SIGPACS como nuevo instrumento individualizador. Su incidencia en Castilla y León», por MARGARITA HERRERO OVIEDO, pág. 329.

SUMARIO: I. IMPORTANCIA DE LA DESCRIPCIÓN EN DISTINTOS ÁMBITOS.—II. LA PAC: UN NUEVO ESCENARIO EN LA DESCRIPCIÓN FUNDIARIA: 1. OPERATIVIDAD DEL SIGPAC. 2. APLICABILIDAD DEL NUEVO SISTEMA EN CASTILLA Y LEÓN. 3. UTILIDAD REAL DEL SIGPAC.—III. BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 2 (2006)

«Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal», por IGNACIO SANCHO GARGALLO, pág. 321.

SUMARIO: I. LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN EN EL MARCO DEL CONCURSO DE ACREEDORES.—II. EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN: 1. PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES: a) *De la acción rescisoria concursal*; b) *De las restantes acciones impugnatorias*. 2. PROCEDIMIENTO PARA LAS ACCIONES IMPUGNATORIAS: EL INCIDENTE CONCURSAL: a) *El incidente concursal*; b) *La sentencia*; c) *Régimen de recursos*; d) *Medidas cau-*

telares.—III. LEGITIMACIÓN PARA SER PARTE E INTERVENIR EN LOS PROCESOS DE REINTEGRACIÓN: 1. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EJERCITAR LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN: a) *Legitimación originaria de la administración concursal*; b) *Legitimación subsidiaria de los acreedores*; c) *Legitimación activa en caso de aprobación de convenio*. 2. LEGITIMACIÓN PASIVA EN LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN: a) *Quienes hayan sido parte en el acto impugnado*; b) *Tercero adquirente*. 3. INTERVENCIÓN PROCESAL EN EL INCIDENTE DE REINTEGRACIÓN: a) *Naturaleza de la intervención: adhesiva litisconsorcial y simple*; b) *Límites de la intervención adhesiva en las acciones de reintegración*; c) *Efectos de la intervención*; d) *Procedimiento para acordar la intervención*.

«Aporías de la negociación colectiva europea», por Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, pág. 343.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LEGISLACIÓN NEGOCIADA VERSUS NEGOCIACIÓN COLECTIVA EUROPEA: 2.1. LA «LEGISLACIÓN SOCIAL EUROPEA NEGOCIADA». 2.2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA «AUTÓNOMA».—3. LA REPRESENTATIVIDAD DE LOS AGENTES SOCIALES EUROPEOS.—4. LA DIFÍCIL INTERACCIÓN CON LOS SISTEMAS NACIONALES DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EUROPEA.

«Las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de agencia y concesión (II)», por Daniel VÁZQUEZ ALBERT, pág. 369.

SUMARIO: 1. EL CONFLICTO DE INTERESES ENTRE FABRICANTE Y DISTRIBUIDOR.—2. LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA: 2.1. EL RECONOCIMIENTO LEGAL EN EL CONTRATO DE AGENCIA. 2.2. LA POLÉMICA SOBRE LA APLICACIÓN ANALÓGICA AL CONTRATO DE CONCESIÓN. 2.3. LOS PRESUPUESTOS DE LA INDEMNIZACIÓN. 2.4. LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN.—3. LA INDEMNIZACIÓN POR INVERSIONES: 3.1. EL RECONOCIMIENTO LEGAL EN EL CONTRATO DE AGENCIA. 3.2. LA APLICACIÓN ANALÓGICA AL CONTRATO DE CONCESIÓN. 3.3. LOS PRESUPUESTOS DE LA INDEMNIZACIÓN.—4. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS: 4.1. LA DENUNCIA UNILATERAL ABUSIVA. 4.2. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. 4.3. EL CONTENIDO DE LA INDEMNIZACIÓN.—5. LA INDEMNIZACIÓN POR ACTOS DESLEALES: 5.1. LA CAPTACIÓN ILÍCITA DE CLIENTELA AJENA Y EL LISTADO DE CLIENTES. 5.2. LA RUPTURA ABUSIVA DEL CONTRATO COMO ACTO DESLEAL AUTÓNOMO. 5.3. LA INVOCACIÓN DE OTROS ACTOS DESLEALES.—6. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

«La competencia de los tribunales españoles en materia de contratos internacionales», por Albert FONT I SEGURA, pág. 391.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. SISTEMA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL: 1. DELIMITACIÓN DE RÉGIMENES. 2. LA INTERNACIONALIDAD COMO PRESUPUESTO DE APLICACIÓN. 3. LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA.—III. PRÓRROGA DE COMPETENCIA: 1. SUMISIÓN TÁCITA. 2. SUMISIÓN EXPRESA.—IV. FORO DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO.—V. FORO DE LA SUCURSAL.—VI. FORO CONTRACTUAL: 1. CALIFICACIÓN. 2. CRITERIO ATRIBUTIVO.—VII CONSIDERACIONES FINALES.

REVISTA DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Número 23 (Enero-Abril 2006)

«El impacto de la ampliación de la UE sobre el “modelo social europeo”», por Gonzalo MAESTRO BUELGA, pág. 7.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SOBRE «EL MODELO SOCIAL EUROPEO»: 1. LOS CONTENIDOS DEL «MODELO SOCIAL EUROPEO». 2. LA DEFINICIÓN DESDE EL NIVEL EUROPEO DEL MODELO SOCIAL: A) *La aproximación normativa*. B) *La definición política*.—III. EL NUEVO PARADIGMA DE «MODELO SOCIAL EUROPEO».—IV. LA AMPLIACIÓN DE LA UNIÓN: 1. LA TEORIZACIÓN DE LA AMPLIACIÓN. 2. INTEGRACIÓN NEGATIVA E INTEGRACIÓN POSITIVA EN LA QUINTA AMPLIACIÓN DE LA UE.—V. AMPLIACIÓN EUROPEA Y MODELO SOCIAL: LA DEMANDA DE INTEGRACIÓN SOCIAL.—VI. CONCLUSIONES.

«La evolución de las operaciones *Petersberg* de la UE: la operación *Althea* en Bosnia y Herzegovina», por Miguel Á. ACOSTA SÁNCHEZ, pág. 47.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA POLÍTICA EUROPEA DE SEGURIDAD Y DEFENSA COMO CONTEXTO JURÍDICO-POLÍTICO.—III. EL LANZAMIENTO DE LA OPERACIÓN.—IV. LA OPERACIÓN MILITAR ALTHEA: FUNCIONES Y ESTRUCTURA: 1. FUNCIONES: A) *Marco general: reenvío al Acuerdo de Paz de Dayton*. B) *La coordinación con otros instrumentos civiles*. 2. ESTRUCTURA.—V. APORTACIONES ORIGINALES DE ALTHEA: 1. LA PARTICIPACIÓN DE TERCEROS ESTADOS: A) *Régimen general de participación previsto en la Acción Común 2004/570/PESC de creación de Althea*. B) *La necesidad igualdad de derechos y obligaciones en el seno del Comité de Contribuyentes*. 2. LA FINANCIACIÓN: PRIMERA APLICACIÓN DEL MECANISMO PERMANENTE ATHENA. 3. EL ESTATUTO DE LAS FUERZAS: A) *El carácter funcional del Estatuto de Althea*. B) *La aplicación del Derecho Internacional Humanitario a la operación Althea: una evolución en el contexto internacional*. 4. EL NOVEDOSO COMPONENTE CÍVICO-MILITAR EN ALTHEA.—VI. CONCLUSIONES.

«Tribunal Constitucional Español y Derecho Comunitario (2003-2005)», por Javier ROLDÁN BARBERO y Eva Díez PERALTA, pág. 87.

SUMARIO: I. PALABRAS E IDEAS PREVIAS.—II. EL CONTROL A *PRIORI* DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO PRIMARIO DE LA UNIÓN EUROPEA.—III. EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 93 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.—IV. LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.—V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. COMPATIBILIDAD ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: NOCIONES GENERALES. 2. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA SELECCIÓN DE LA NORMA APLICABLE. 3. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. 4. EL DERECHO COMUNITARIO COMO CRITERIO HERMENÉUTICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 5. LA CUESTIÓN DE LA EUROORDEN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—VI. EL DERECHO COMUNI-

TARIO EUROPEO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS.

«Principios del Derecho comunitario y aplicación judicial en España en los años 2003 y 2004», por Teresa FAJARDO DEL CASTILLO, pág. 135.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA: 1. EL ALCANCE DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA DECLARACIÓN 1/2004 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2. LA NUEVA DIMENSIÓN MATERIAL DEL ARTÍCULO 93 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA APLICACIÓN JUDICIAL. 3. EL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN.—III. EL PRINCIPIO DE EFICACIA DIRECTA: 1. APLICABILIDAD DIRECTA. 2. LA EFICACIA DIRECTA. 3. SOBRE LA FALTA DE EFECTO DIRECTO HORIZONTAL DE LAS DIRECTIVAS. 4. LA DIRECTIVA COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO INTERNO.—IV. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO: 1. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA ADMINISTRACIÓN. 2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL ESTADO LEGISLADOR. 3. EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA RESPONSABILIDAD RESPECTO A OTRAS POSIBLES ACCIONES.—V. EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA: 1. LA INVOCACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO PARÁMETRO DEL COMPORTAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN. 2. LA INVOCACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS RECONOCIDOS O AMPARADOS POR UN TÍTULO JURÍDICO O UN ACTO ADMINISTRATIVO. 3. CONFIANZA LEGÍTIMA CUANDO DEBERÍA SER SEGURIDAD JURÍDICA.—VI. CONCLUSIONES.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO
Número 2 (2006)

«The Problem with Public Civil Rights Litigation: An Empirical and Economic Analysis of the First Circuit's Subjective Qualified Immunity Standard», por Frank GUERRA-PUJOL, pág. 187.

«Patrolling Traffic by Camera: An Analysis of Photo-Enforced Traffic Citations and the Common Law Requirement That a Warrantless Misdemeanor Arrest Take Place Immediately», por Daryl J. JONES, pág. 197.

«The Perils of Judicial Notice: An Argument in Opposition of Rule 201 (c) of the Freddie TORRES GÓMEZ», pág. 213.

«A Removal Quandary: May a Case be Removed from State to Federal Court after an Appeal has been Taken?», por Leslie J. RIVERA PAGAN, pág. 227.

«Irrevocable Letters of Credit and their Role in International Commerce», por Nannette Marie GODREAU VÁZQUEZ, pág. 243.

«La Regla 15.3 de Procedimiento Civil: ¿Es una violación constitucional de nuestro Derecho al debido proceso de ley?», por Isamar CORREA RUIZ, pág. 255.

- «La prorrogación de la patria potestad: derecho justo, rápido y económico», por Sadith VALLE AGRONT, pág. 281.
- «Las víctimas de delito: sus derechos frente a los de sus victimarios en el proceso de justicia penal», por Mayra K. Estrella PÉREZ-VALDIVIESO, pág. 293.
- «El trabajo legislativo en Puerto Rico: ¿a tiempo parcial o a tiempo completo?», por Alicia REYES HERNÁNDEZ, pág. 311.
- «Tras un proceso unificador de los requerimientos para la solución de controversias sobre el Derecho internacional privado: el asunto de Puerto Rico y Estados Unidos como ejemplo de esta unificación», por José Amoldo RIVERA SANTIAGO, pág. 331.
- «El futuro de la Notaría en la Era Digital», por Christian M. FRANK FAS, pág. 345.

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY Números 1 a 6 (Enero-Junio 2006)

- «De las asignaciones a título de legítima por señalamiento de especie y por donación», por Raúl ANIDO BONILLA, pág. 17.
- «El sistema de numeración de las leyes en el Derecho uruguayo y la Ley número uno», por Vicente CREMANTI, pág. 45.
- «Aspectos de interés notarial respecto de automotores ingresados por franquicias diplomáticas (Primera parte)», por Sandra MESSINA HEREDIA, pág. 49.
- «Actuación de las sociedades comerciales comprendidas en el artículo 86 de la Ley número 16.060», por Gabriel MIHALI, pág. 57.
- «Firma electrónica, sistemas de seguridad de redes y protección de datos personales», por Aída NOBLÍA, pag. 69.