

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**

---

Año LXVII • Mayo-Junio 1991 • Núm. 604

---



## CONSEJO DE REDACCION

### PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

### CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.  
D. Carlos M. Hernández Crespo.  
D. Pío Cabanillas Gallas.  
D. Antonio de Leyva y Andía.  
D. Juan Vallet de Goytisolo.  
D. Aurelio Menéndez Menéndez.  
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.  
D. Manuel Amorós Guardiola.  
D. José Antonio Nortes Triviño.  
D. José María Chico Ortiz.  
D. Fernando Muñoz Cariñanos.  
D. José Manuel García García.  
D. Juan Manuel Rey Portolés.  
D. Antonio Pau Pedrón.  
D. Juan Pablo Ruano Borrella.  
D. José Luis Laso Martínez.  
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.  
D. Joaquín Rams Albesa.  
D. Francisco Corral Dueñas.

### COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.  
D. Juan Pablo Ruano Borrella.  
D. Manuel Amorós Guardiola.

### CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

# SUMARIO

|                                                                                                                                                                           | <i>Pág.</i> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| <b>ESTUDIOS:</b>                                                                                                                                                          |             |
| «Registro de Aguas y Registro de la Propiedad», por EMILIO PÉREZ PÉREZ .....                                                                                              | 783         |
| «Publicidad registral de la suspensión de pagos», por D. CARLOS-MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO .....                                                                             | 813         |
| «El supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156 del Código Civil. ¿Qué casos son subsumibles en esta disposición?», por M. <sup>a</sup> DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ ..... | 915         |
| «Connotaciones hipotecarias de la Ley del Suelo», por BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CANETE .....                                                                              | 951         |
| «El heredero aparente de buena fe (Análisis de su posición jurídica)», por JUAN IGNACIO DE LOS MOZOS TOUYA .....                                                          | 1005        |
| <b>DICTAMENES Y NOTAS:</b>                                                                                                                                                |             |
| «Blanco White y los valores de la cultura jurídica liberal», por CLARO J. FERNÁNDEZ CARNICERO .....                                                                       | 1047        |
| <b>ACTUALIDAD JURIDICA:</b>                                                                                                                                               |             |
| Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN .....                                                                                                          | 1063        |
| <b>JURISPRUDENCIA:</b>                                                                                                                                                    |             |
| I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....                                                                                              | 1085        |
| II. Resoluciones de la Dirección General, por FRANCISCO-JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO y JOSÉ-SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ .....                                                        | 1129        |
| III. Sentencias del Tribunal Supremo:                                                                                                                                     |             |
| 1. Derecho civil:                                                                                                                                                         |             |
| b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA .....                                                                                                                | 1145        |
| c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ .....                                                                                                                     | 1151        |

## INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

|                                                                                                                                                                          |             |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| «Los Regímenes Económico-Matrimoniales en los Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio», de FRANCISCO JAVIER MARTÍNEZ HORNERO, por JUAN IGNACIO DE LOS MOZOS TOUYA ..... | 1161        |
| «Comentarios a la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», de J. GONZÁLEZ PÉREZ, por JOSÉ M. <sup>a</sup> CHICO Y ORTIZ .                       | 1165        |
| «Abogacía y Abogados Tipología profesional, lógica y oratoria forense, Deontología jurídica», de J. M. MARTÍNEZ VAL, por JOSÉ M. <sup>a</sup> CHICO Y ORTIZ .....        | 1167        |
| «Jornadas sobre urbanismo y publicidad registral», de JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....                                                 | 1169        |
| «Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público», de JESÚS LÓPEZ MEDEL, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....                                                     | 1173        |
| «Los impuestos indirectos sobre el tráfico jurídico», de JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....                                                      | 1174        |
| «Las deficiencias en la tramitación y formación de los Planes de Ordenación Urbana en la jurisprudencia», de LUIS LAYANA LÁZARO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....       | 1177        |
| <b>REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN .....</b>                                                                                                                       | <b>1181</b> |

ESTUDIOS



# Registro de Aguas y Registro de la Propiedad

*SUMARIO:* I. EL REGISTRO DE AGUAS: 1. PRECEDENTES. 2. CARACTERES 3. SITUACIONES JURÍDICAS INSCRIBIBLES. 4. LIBROS REGISTRALES. 5. ASIENTOS. 6. EFECTOS.—II. CATALOGO DE APROVECHAMIENTOS DE AGUAS PRIVADAS: 1. CARACTERES. 2. SITUACIONES JURÍDICAS INSCRIBIBLES. 3. EFECTOS.—III. INSCRIPCIONES DE DERECHOS SOBRE AGUAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. 1. INSCRIPCIONES EN PROPIEDAD. 2. INSCRIPCIONES DE APROVECHAMIENTOS PRIVADOS INDIVIDUALES. 3. INSCRIPCIONES DE APROVECHAMIENTOS PÚBLICOS INDIVIDUALES. 4. INSCRIPCIONES DE APROVECHAMIENTOS COLECTIVOS.—IV. COMPLEMENTARIEDAD FUNCIONAL DEL REGISTRO Y CATALOGO DE APROVECHAMIENTOS DE AGUAS Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—V. SOLUCION DE POSIBLES CONTRADICCIONES ENTRE LOS REGISTROS DE AGUAS Y DE LA PROPIEDAD.

## I. EL REGISTRO DE AGUAS

El artículo 72 de la Ley de Aguas, al regular el nuevo Registro de Aguas, se refiere a los datos fundamentales que lo configuran, ya que señala que en él se inscribirán las concesiones de aguas; que estas inscripciones se practicarán de oficio; que reflejarán la titularidad y características de los aprovechamientos, así como los cambios autorizados de esa titularidad y esas características; que el Registro será público, por lo que podrán solicitarse las oportunas certificaciones de su contenido; que los titulares de concesiones inscritas podrán recabar la intervención de la Administración hidráulica en defensa de sus derechos, y que la inscripción será medio de prueba de la existencia y situación de la concesión.

El TC, en el fundamento 23, apartado 1), de la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, declara que el Registro de aguas a que se refiere el artículo 72 de la Ley de Aguas ha de ser considerado básico por ser un elemento esencial del sistema de concesiones administrativas sobre las aguas, en cuanto instrumento indispensable de garantía de las mismas, así

como que, en relación con las cuencas intracomunitarias, corresponde a las CC.AA. (que hayan asumido competencias sobre recursos hidráulicos en dichas cuencas) regular su propia Administración hidráulica, incluido el necesario Registro de Aguas, sin otro límite que el de la legislación básica contenida en el propio artículo 72 de la Ley de Aguas.

En cuanto a las cuencas intracomunitarias, en cada Organismo de cuenca existirá un único Registro de Aguas (art. 190.1 RDPH) y las inscripciones se harán en el Registro del Organismo de cuenca en cuya circunscripción territorial radique la toma o captación del recurso (art. 189.3 RDPH).

## 1. PRECEDENTES

El único antecedente interesante del actual Registro de Aguas es el Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas, que fue creado por el Real Decreto de 12 de abril de 1901; era un Registro jurídico-administrativo de carácter obligatorio y declarativo, cumplía fundamentalmente una función preventiva y tenía como objeto la registración de los títulos referentes al nacimiento, modificación o extinción de los derechos a los aprovechamientos especiales de aguas públicas (1). Tenía carácter previo insoslayable respecto al de la Propiedad y relevantes efectos jurídicos: declaración de abusividad de los aprovechamientos no inscritos y carácter obligatorio de la inscripción, que se imponía incluso de modo coactivo al particular.

Aunque previsto en el Real Decreto citado de 1901, no se estableció hasta 1963 con la publicación de dos disposiciones fundamentales: la Orden de 24 de julio, que actualizó su funcionamiento, y la de 23 de noviembre, que lo encuadró en la organización de la Dirección General de Obras Hidráulicas. La primera de dichas Ordenes puso en marcha el Registro Central o General mediante la recogida en él de las diversas inscripciones existentes en los distintos libros, lo que significó unas 45.000 inscripciones. La Orden de 29 de abril de 1967 habilitó varios procedimientos de revisión de los asientos registrales para establecer una completa y exacta concordancia con la realidad extrarregistral, alguno de los cuales han inspirado la regulación actual sobre la materia, concretamente el artículo 148 del RDPH.

---

(1) Este es el concepto que daba F. FUENTES BODELÓN en "El registro de aprovechamientos de aguas públicas", *Documentación Administrativa*, núm. 134, 1970, pág. 131. De este estudio tomo los datos que hoy pueden ofrecer mayor interés después de la creación del nuevo Registro de Aguas.

Dada la especial naturaleza del Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas, el principio de publicidad tenía una especial fuerza en él, y las razones de prevención de posibles indiscreciones en la esfera privada patrimonial que podrían aducirse para limitar su aplicación en el Registro de la Propiedad, perdían toda su fuerza en el de Aprovechamientos de Aguas, en el que, por referirse a una riqueza pública como son las aguas, tales temores no tenían sentido.

## 2. CARACTERES

Aunque se denomine Registro de Aguas, el Registro regulado en la nueva Ley continúa siendo fundamentalmente un Registro de aprovechamientos de aguas. Los derechos que se reflejan en los asientos del Registro de Aguas no son derechos referidos exclusivamente al agua, sino que tienen que definir a la vez el destino actual o previsto de los caudales o volúmenes del recurso hídrico sobre el que recaen, porque el beneficio, productividad, rentabilidad o aprovechamiento del agua están siempre conectados a una actividad específica; y esa actividad es un servicio público (v.gr., abastecimiento de poblaciones) o está normalmente relacionada con otro bien: la tierra en el regadío, la instalación industrial en los usos de esta naturaleza, etc. Es fundamental que en las inscripciones que se practiquen en el Registro de Aguas conste el destino actual o previsto del agua, y para determinar ese destino será necesario determinar también los bienes afectos al mismo más que los titulares de estos bienes.

Esto hace del Registro de Aguas un Registro poco autónomo, pues habrá de estar —casi necesariamente— relacionado con aquellos otros Registros en los que figuran inscritos esos otros bienes a los que se destina el agua. Al Registro de Aguas le corresponderá, fundamentalmente, publicar las características del aprovechamiento relativas al agua, mientras el Registro de la Propiedad determinará las características de los bienes a los que se destina el agua, que se benefician del aprovechamiento. En realidad, esa relación de destino entre agua y bienes supone que el aprovechamiento de aguas no puede quedar perfectamente definido sin determinar los dos elementos (agua y bienes), y la determinación de éstos corresponde a dos Registros que, por ello, tendrán que estar relacionados.

Por lo demás, las características específicas del Registro de Aguas resultan de los datos que, para configurarlo, recoge el artículo 72 de la Ley de Aguas y que se analizan a continuación al tratar de las situaciones jurídicas inscribibles y de los efectos de la inscripción.

### 3. SITUACIONES JURÍDICAS INSCRIBIBLES

El artículo 72 de la Ley de Aguas establece que se inscribirán de oficio las concesiones de aguas, y en concordancia con este mandato, el artículo 118 del RDPH, como culminación del procedimiento administrativo que se ha de regir para obtenerla, dispone que la concesión otorgada será inscrita de oficio en el Registro de Aguas del Organismo de cuenca donde radique la toma (2).

De otros preceptos de la propia Ley de Aguas y del RDPH resulta que, además de las concesiones, tendrán acceso al Registro de Aguas otras situaciones jurídicas. Podemos distinguir, por tanto:

#### A) *Inscripciones primeras y segundas de las concesiones de aguas*

Ya hemos visto que las inmatriculaciones o inscripciones primeras de los aprovechamientos derivados de las concesiones de aguas se practicarán de oficio. En cambio, las segundas inscripciones (aunque de la redacción del art. 72 LA pudiera deducirse otra cosa) no pueden ser practicadas de oficio, por razones obvias de que los actos que las originan no pueden ser directamente intervenidos por la Administración del Agua, pero sí son obligatorias. Cuando cambie la titularidad de una concesión, el nuevo titular —dice el párrafo primero del art. 146.1 del RDPH— deberá solicitar, mediante instancia presentada ante el Organismo de cuenca, la oportuna inscripción de transferencia en el Registro de Aguas regulado en la Sección 12 del capítulo III del título II del RDPH, aportando la documentación indicada en los artículos siguientes. Especialmente, deberá acreditarse la existencia de la autorización administrativa previa a que se refiere el artículo 103 del RDPH (que reproduce el 61 de la LA) para la inscrip-

---

(2) Deben entenderse comprendidas, entre los supuestos de inmatriculación de oficio de las concesiones, las autorizaciones especiales extendidas a favor de los Organos de la Administración Central o de las Comunidades Autónomas o del Patrimonio del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 57.5 de la Ley de Aguas (puesto que se trata en realidad de una concesión, aunque otorgada sin apenas tramitación, y está también previsto que las autorizaciones especiales se puedan inscribir en el Registro de Aguas, según dispone el artículo 189.2 del RDPH, aludiendo, además, la Resolución de la Dirección General de Obras Hidráulicas de 24 de noviembre de 1986, únicamente a estas autorizaciones especiales del art. 57.5 de LA, al señalar las que se inscribirán, con las concesiones, en la Sección A del libro de inscripciones del Registro), así como la concesión en régimen de servicio público para riego de tierra de terceros, regulada en el artículo 60 de la Ley de Aguas. En este segundo caso la inscripción debe reflejar la situación jurídica completa, o sea, el derecho concesional del empresario sin tierras y el de aprovechamiento de los titulares de las tierras beneficiarias del riego, que recae sobre el derecho del primero.

ción en dicho Registro de la transmisión total o parcial de los aprovechamientos de agua que impliquen un servicio público o de la constitución de gravámenes sobre los mismos, sin cuyo requisito no se efectuará dicha inscripción. Tal instancia deberá presentarse dentro del año siguiente a producirse el cambio de titularidad, cuando éste sea debido a sucesión *mortis causa*, y dentro del plazo de tres meses a partir del cambio en cualquier otro supuesto (art. 146.1, párrafos 2.º y 3.º RDPH).

En todo caso, cualquiera que sea el destino de la concesión deberá presentarse:

- a) Documento público o fehaciente que acredite el tracto sucesivo de la concesión o su reanudación.
- b) Declaración jurada sobre la coincidencia o variaciones existentes entre las características de la derivación de aquel momento y las que figuran en el Registro de Aguas, indicando asimismo si el aprovechamiento se encuentra en condiciones de explotación (art. 146.2 RDPH).

En el supuesto de que no sea posible acreditar fehacientemente el tracto sucesivo del derecho a la concesión por los medios ordinarios, el peticionario lo pondrá de manifiesto por declaración jurada, bastando con presentar el título o títulos fehacientes de la propiedad o derecho real del bien inmueble a que se destinan las aguas o, en su defecto, de las instalaciones necesarias para el aprovechamiento (art. 146.3 RDPH) (3).

La obligatoriedad de la inscripción de los actos de transferencia y gravamen del derecho concesional, así como la preocupación por la concordancia entre el Registro de Aguas y la realidad, se ponen de relieve en el detalle con el que se regulan los trámites que han de proseguirse en el supuesto de que se constaten diferencias relativas a las características de la concesión o a las condiciones de explotación del aprovechamiento, de modo que hasta que no se tenga la certeza de la concordancia no se practica la inscripción definitiva y entonces —como ha habido ya una intervención directa y completa de la Administración— se lleva a cabo de oficio (4). El artículo 147.2 del RDPH parece querer vincular a la inscrip-

---

(3) En esta sucesión o reanudación del tracto del derecho concesional, es la titularidad de la propiedad o derecho real del inmueble a que se destinan las aguas, o de las instalaciones necesarias para el aprovechamiento, la que decide la nueva titularidad registral, lo que supone que se reconoce una prevalencia del elemento inmobiliario en el binomio constitutivo del aprovechamiento: recurso-agua y bien inmueble que se beneficia de su uso. Será el título fehaciente del segundo el que servirá de prueba para acreditar el tracto del derecho al uso privativo del agua.

(4) Esta regulación detallada de las vicisitudes por las que puede pasar el expediente de inscripción de la transferencia o gravamen está contenida en los artículos 147 y 148 del RDPH. formulada la petición, el Organismo de cuenca estudiará la documentación aportada, y si no la estima suficiente requerirá al peticionario para que la complete en

ción la producción de efectos de la transmisión o gravamen, al decir que se dictará resolución aprobando la transferencia y ordenando la inscripción de ésta en el Registro de Aguas, “quedando subrogado desde ese

---

lo necesario (art. 147.1 RDPH). Una vez completada la documentación de acuerdo con el apartado anterior, o si la misma hubiera sido considerada suficiente desde el principio, el Organismo de cuenca dictará resolución aprobando la transferencia y ordenando la inscripción de ésta en el Registro de Aguas, quedando subrogado desde ese momento el nuevo titular en los derechos y obligaciones del anterior (art. 147.2 RDPH). Esta inscripción tendrá carácter provisional y se hará constar este carácter en la misma si, de acuerdo con lo indicado por el peticionario, existiesen variaciones en las características respecto a las inscritas, si el aprovechamiento no se encontrase en condiciones de explotación o si se hubiera aportado la documentación prevista en el artículo 146.3 del RDPH (art. 147.3 RDPH).

En estos casos (los indicados en el apartado 3 del art. 147 RDPH), previa citación al peticionario, se realizará una visita de reconocimiento del aprovechamiento, levantando acta en la que constarán las características del mismo y su situación respecto a las condiciones de utilización (art. 148.1 RDPH). Si el aprovechamiento se encontrase en condiciones de explotación y sus características coinciden con las inscritas provisionalmente, se dictará resolución elevando a definitiva la inscripción (art. 148.2 RDPH). Si el aprovechamiento se encontrase en condiciones de explotación, pero se hubieran variado las características, se dictará resolución fijando al nuevo titular un plazo para que inicie expediente de modificación de características, o nueva concesión si la variación comprobada así lo exigiera. En la resolución de los expedientes citados, que se tramitarán de acuerdo con lo previsto en el RDPH para las modificaciones objetivas, habrá de decretarse la anulación de oficio de la inscripción provisional y su sustitución, si procede, por otra definitiva con las características correspondientes. Si no procediera la nueva inscripción por no aprobarse las variaciones o no otorgarse la concesión, se fijará un plazo al peticionario para que adapte el aprovechamiento a las características inscritas, advirtiéndole que en caso de incumplimiento se procederá a iniciar el correspondiente expediente de extinción del derecho al aprovechamiento de aguas. Si el aprovechamiento se pusiera en condiciones de explotación con las características de la inscripción, se elevará de oficio a definitiva la inscripción una vez comprobadas aquellas circunstancias (art. 148.3 RDPH). Si el aprovechamiento no se encontrase en condiciones de explotación y no se tuviera constancia de que la misma hubiese estado interrumpida por un período superior a tres años consecutivos, se dictará resolución fijando un plazo al nuevo titular para que lo ponga en condiciones de explotación normal, con la advertencia de que en caso de incumplimiento se procederá a iniciar expediente de extinción del derecho de concesión. La elevación a definitiva de la inscripción se efectuará de oficio, una vez que se haya comprobado que se ha puesto el aprovechamiento en condiciones normales de explotación (art. 148.4 RDPH).

En el supuesto del apartado anterior, si el peticionario pretendiera introducir modificaciones en las características de la inscripción del aprovechamiento, lo hará así constar en el acta levantada con motivo del reconocimiento previsto en el apartado 1 del artículo 148 RDPH y, en ese caso, en la resolución el plazo se fijará para la iniciación del expediente de modificación de características o de nueva concesión, tal como se indica en el apartado 3 del mismo artículo 148 RDPH, prosiguiendo la tramitación en la forma allí indicada (art. 148.5 RDPH). Si con el reconocimiento del aprovechamiento efectuado, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 148 del RDPH y con las averiguaciones que se consideren oportunas, se adquiriese certeza de que la explotación del aprovechamiento habría estado paralizada por un período de tiempo superior a tres años consecutivos, se dictará resolución iniciando el expediente de extinción de la concesión (art. 148.6 RDPH).

momento el nuevo titular en los derechos y obligaciones del anterior"; literalmente, esto supondría que la inscripción tendría carácter constitutivo; pero creo que no puede darse este alcance a un precepto reglamentario que no encaje en nuestro sistema legal de perfeccionamiento (cfr. art. 1.258 del CC) y de eficacia (cfr. art. 1.278 del CC) de los contratos; habrá que interpretarlo en el sentido de que la Administración no reconocerá al nuevo titular hasta que no haya inscrito la transmisión o gravamen del derecho concesional en el Registro de Aguas, por lo que no podrá ejercerlo frente a la propia Administración (que es la que controla el adecuado ejercicio de todos los aprovechamientos) en tanto no inscriba.

### B) *Reservas previstas en los Planes Hidrológicos*

El artículo 92 del RDPH dispone que el Organismo de cuenca, de acuerdo con las previsiones de los Planes Hidrológicos, deberá reservar para regadíos, pesca, aprovechamientos hidroeléctricos o para cualquier otro servicio del Estado o fin de utilidad pública determinados tramos de corrientes, sectores de acuíferos subterráneos o la totalidad de algunos de ellos. Los caudales que deban ser reservados se inscribirán en el Registro de Aguas a nombre del Organismo de cuenca, siendo título suficiente para ello la inclusión de los recursos citados en las previsiones que para reservas formulan los Planes Hidrológicos de cuenca. En el asiento que a tal efecto se practique deberá especificarse la cuantía de los caudales, el plazo de reserva y los servicios del Estado o fines de utilidad pública a los que se adscriben aquéllos (5).

Las reservas vienen determinadas por las asignaciones previstas, que a su vez corresponderán a las demandas. Interesa a la Administración que este balance hídrico acceda al Registro de Aguas para que tenga la mayor publicidad; pero sus efectos serán fundamentalmente internos, constituyendo como una cuenta de la propia Administración, que con la inscripción inicial (practicada de oficio, aunque nada se diga al respecto por ser

---

(5) En su momento —añade el art. 92 RDPH—, las Comunidades de usuarios, Organismos públicos o particulares, podrán solicitar la concesión de los recursos reservados, que se otorgará por el Organismo de cuenca previa apertura de un período de información pública. Otorgada la concesión se procederá a la inscripción de la misma en el Registro de Aguas a nombre del concesionario, debiendo detraerse el caudal concedido de la reserva inscrita a nombre del Organismo de cuenca. Como advierte J. TOLEDO JAUDENES en *Comentarios a la Ley de Aguas*, en colaboración con J. GONZÁLEZ PÉREZ y C. ARRIETA ALVAREZ, cit., pág. 533, las inscripciones de estas reservas previstas en el Plan Hidrológico cumplen una función semejante a las anotaciones preventivas del Registro de la Propiedad.

obvio) y las sucesivas cancelaciones de los recursos detraídos al otorgar las concesiones conocerá en todo momento los disponibles. No se trata, sin embargo, de una inscripción de recursos, sino de aprovechamientos, aunque de aprovechamientos previstos genéricamente, ya que únicamente se determinan la cuantía de los caudales, el plazo de la reserva y los servicios del Estado o fines de utilidad pública (regadíos, pesca, aprovechamientos hidroeléctricos, etc.) a los que se adscriben aquéllos.

### C) *Aprovechamientos legales de aguas públicas*

Es también objeto del Registro de Aguas, según el artículo 189.2 del RDPH, la inscripción de los aprovechamientos previstos en el artículo 52 de la Ley de Aguas, o sea, los supuestos concretos de aprovechamiento del agua derivado de la propiedad del suelo: de pluviales que discurren por una finca, de estancadas dentro de sus linderos y de manantiales o alumbramiento de aguas subterráneas, limitados estos últimos a un total de 7.000 metros cúbicos anuales.

Estos aprovechamientos no son con una extensión de la propiedad inmobiliaria, pues las aguas no pueden ser utilizadas en finca distinta de aquellas en las que nacen, discurren o están estancadas (art. 84.3 RDPH), viniendo obligado el propietario (a los efectos de inscripción en el Registro de Aguas, entre otros) a comunicar y determinar documentalmente al Organismo de cuenca las características de la utilización que se pretende, acompañando documentación acreditativa de la propiedad de la finca (art. 85.1 RDPH y concordantes) y debiendo comunicarse también los cambios de titularidad de la misma siempre que afecte al aprovechamiento o a las características de éste (art. 85.3 RDPH). Previas las comprobaciones pertinentes y resueltas las posibles disconformidades entre propietario y Administración, se inscribe la derivación, con indicación de sus características (art. 88 RDPH).

Se trata, por tanto, de inscripciones que tienen también el carácter de obligatorias, al igual que las de las concesiones.

### D) *Aprovechamientos temporales de aguas privadas*

El artículo 189.2 del RDPH relaciona igualmente, entre las inscripciones que son objeto del Registro de Aguas, las de los aprovechamientos temporales de aguas privadas a que se refiere la disposición transitoria cuarta de la Ley de Aguas, la cual establece que se podrán inscribir a petición de sus titulares legítimos y a los efectos previstos en las disposi-

ciones transitorias segunda y tercera. Se trata, por tanto, de una inscripción voluntaria, pero necesaria para que se produzcan los efectos vinculados a la inscripción misma, o sea, la modificación del aprovechamiento, que continúa siendo privativo, pero deja de ser perpetuo para pasar a temporal, limitado al plazo de cincuenta años; pudiendo quienes al término de dicho plazo se encuentren utilizando los caudales en virtud de título legítimo ejercer un derecho preferente para obtener la correspondiente concesión administrativa. Es la inscripción misma la que produce esa novación de derechos y, por tanto, tiene carácter constitutivo de la nueva situación jurídica.

#### 4. LIBROS REGISTRALES

El Registro de Aguas único de cada Organismo de cuenca estará formado por un libro de inscripciones y los índices auxiliares, según dispone el artículo 190.1 del RDPH.

El libro de inscripciones estará compuesto por secciones correspondientes a los distintos tipos de inscripciones previstas en el artículo 189 del RDPH e integrado por hojas móviles foliadas y selladas por el Organismo de cuenca con anterioridad a la utilización del libro correspondiente, consignándose en ellas el tomo y nombre del Registro. El modelo de hoja móvil será aprobado por la Dirección General de Obras Hidráulicas (6).

En la primera hoja de cada libro se extenderá una certificación fechada, en la que se hará constar el número de folios que lo componen y que ninguno de ellos ha sido utilizado (art. 190.2 RDPH).

#### 5. ASIENTOS

Los asientos del Registro no podrán contener enmiendas ni raspaduras y estarán numerados correlativamente. Los errores se salvarán al final de la inscripción o, si fuese necesario, se practicará una nueva, cancelando la anterior (art. 190.3 RDPH).

Cada concesión o autorización abrirá folio registral en el libro de inscripciones. Todos los asientos relativos a la misma concesión o autorización se practicarán a continuación, sin dejar claros entre los asientos.

---

(6) Puede verse al respecto la Resolución de 24 de noviembre de 1986 de la Dirección General de Obras Hidráulicas por la que se aprueba el modelo de Libro de Inscripciones, y hoja móvil del Registro de Aguas, publicada en el *BOE*, número 297, de 12 de diciembre de 1986.

Todos los asientos se numerarán correlativamente. Cuando se llene la hoja destinada a una concesión o autorización se abrirá otra, que se relacionará con la anterior mediante las oportunas notas de referencia (art. 191.1 RDPH).

La primera inscripción será la de inmatriculación y contendrá los siguientes apartados:

- a) Número de concesión o autorización, que será invariable, cualquiera que sea el tracto de la misma.
- b) Nombre de la corriente o acuífero del que procedan las aguas.
- c) Clases de aprovechamiento y afección concreta de las aguas.
- d) Nombre del titular.
- e) Lugar, término municipal y provincia en la que se toma el agua.
- f) Caudal máximo concedido, expresado en litros por segundo, con indicación de cualquier otra circunstancia relevante en la forma de uso del agua, como el caudal máximo en el mes de mayor consumo, caudal medio aprovechable y uso discontinuo.
- g) Volumen máximo anual en metros cúbicos por hectárea cuando se trate de concesión para riegos.
- h) Superficie regable, en hectáreas, si se tratase de riegos.
- i) Desnivel máximo, en metros, y salto bruto en metros si se tratase de usos hidroeléctricos.
- k) Título que ampara el derecho, con expresión de su fecha y autoridad que lo haya concedido en su caso.
- l) Condiciones específicas de la concesión o autorización (art. 191.2 RDPH).

Cuando la concesión requiera la realización de determinadas obras o contenga condiciones suspensivas, se inscribirá a continuación de la inmatriculación la resolución que apruebe el acta de reconocimiento final de las obras que declare cumplidas las condiciones. En caso de incumplimiento de ésta o de que no se aprueben las obras, se cancelará la inscripción, con base asimismo en la oportuna resolución administrativa (art. 192.1 RDPH).

También se llevarán en el Organismo de cuenca como instrumentos auxiliares del Registro de Aguas, y a efectos estadísticos e informáticos, índices consistentes en ficheros normalizados por clase de aprovechamientos, titulares, cauces y términos municipales dentro de cada provincia (art. 192.2 RDPH).

## 6. EFECTOS

El Registro de Aguas tendrá carácter público —empieza diciendo el art. 72.2 de LA— y, dado este carácter de instrumento público del Registro —añade el RDPH—, cuantos tengan interés podrán examinar sus libros y tomar las notas que estimen pertinentes, así como solicitar certificación sobre su contenido, indicando la finalidad de la misma. Las certificaciones podrán ser positivas o negativas, según que en el Registro General aparezca o no inscrito el aprovechamiento sobre el que ha de versar la certificación (art. 193.2 RDPH). Son éstos los efectos fundamentales del principio de publicidad registral que rigen para el Registro de Aguas, de modo análogo a como se aplica en el Registro de la Propiedad.

Los titulares de concesiones de aguas inscritas en el Registro correspondiente —dice el art. 72.3 de LA— podrán interesar la intervención del Organismo de cuenca competente en defensa de sus derechos, de acuerdo con el contenido de la concesión y de lo establecido en la legislación en materia de aguas. La protección a que se refiere este artículo 72.3 de la Ley de Aguas se ejercerá por el Organismo de cuenca frente a quien, sin derecho inscrito, se oponga al derecho del titular o perturbe su ejercicio, aplicando los procedimientos y medidas previstos al efecto en la Ley de Aguas y en el RDPH (art. 194.2 RDPH). Aunque el artículo 72 de la Ley alude sólo a los titulares de las concesiones, también los demás titulares de aprovechamientos públicos o privados relacionados entre las situaciones que se inscriben en el Registro de Aguas podrán interesar la intervención del Organismo de cuenca competente en defensa de sus derechos. El TC, en su Sentencia 227/1988 (fund. 8), ha estimado que la equiparación a las concesiones de los “derechos de aprovechamiento temporal de aguas privadas” que regulan las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, en lo que se refiere a la protección administrativa registral, se explica tanto porque tales aguas, cualquiera que sea su clasificación en el período transitorio, están abocadas a convertirse en aguas de dominio público por el mero transcurso del tiempo, como por la circunstancia de que los derechos privados preexistentes han tenido que ser debidamente acreditados ante la Administración a los fines de su transformación e inscripción en el Registro de Aguas.

Esta protección, que los titulares inscritos en el Registro de Aguas podrán interesar de la Administración, supondrá que en el supuesto de sufrir alguna perturbación en el ejercicio de su derecho recabarán que se haga cesar la misma por la propia Administración, lo que motivará la correspondiente resolución administrativa, que en el supuesto de no ser cumplida por el perturbador dará lugar a su ejecución forzosa, manteniendo o restableciendo al titular inscrito en la plenitud de sus derechos.

Otro efecto de la inscripción en el Registro de Aguas es el de que será medio de prueba de la existencia y situación de la concesión (arts. 72.4 de LA y 196 del RDPH). Como es lógico, el modo de aportar la prueba será el de presentar la correspondiente certificación registral ante otras Administraciones Públicas o ante los Tribunales.

## II. CATALOGO DE APROVECHAMIENTOS DE AGUAS PRIVADAS

Los Organismos de cuenca llevarán asimismo un catálogo de aguas privadas, que estará compuesto por un libro de inscripciones y los índices auxiliares, que se regirán por lo dispuesto para el Registro de Aguas en lo que resulte de aplicación (art. 195.1 RDPH).

### 1. CARACTERES

El carácter de que las operaciones registrales que en él se practican tienen por objeto los aprovechamientos de agua (en este caso privada), configurados por los dos elementos del binomio agua y bien inmueble que se beneficia de su utilización, y no simplemente caudales o volúmenes de agua, es atribuible al Catálogo, lo mismo que hemos visto que ocurre con el Registro de Aguas. Consiguientemente, también el Catálogo carece de autonomía suficiente y sólo puede reflejar la situación jurídica completa del aprovechamiento juntamente con el Registro de la Propiedad.

Pero salvo esta coincidencia, derivada del presupuesto común de que el aprovechamiento es la situación jurídica típica relativa al agua (lo mismo si es de dominio público que si es de propiedad privada), los caracteres que configuran el Catálogo son sustancialmente distintos de los del Registro de Aguas, tanto en cuanto a la obligatoriedad de las inscripciones como en los derechos que pueden inscribirse y en los efectos que se derivan de la inscripción, que es lo que paso a analizar a continuación.

### 2. SITUACIONES JURÍDICAS INSCRIBIBLES

A los efectos de su inscripción en el Catálogo —dice el art. 195.2 del RDPH—, los titulares legítimos de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a la vigente Ley de Aguas que optaran por mantenerlas en tal régimen deberán declarar su existencia al

Organismo de cuenca correspondiente dentro del plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la Ley de Aguas. Transcurrido ese plazo de tres años, quien no hubiere ejercido durante él la opción de inscripción en el Registro de Aguas mantendrá su titularidad en la misma forma que la ostentaba el 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor de la Ley de Aguas. Si no optó por inscribir en el Registro de Aguas tenía que haber declarado su derecho al aprovechamiento, dentro de ese mismo plazo de tres años, en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas, pero para cumplir un deber puramente administrativo cuyo incumplimiento no afecta al contenido sustantivo de su derecho.

El TC dice en el fundamento 8.º de la Sentencia 227/1988 que a estos titulares no se les exige acreditar sus derechos ante la Administración (7). Esto supone que la disposición transitoria 4.ª de la Ley de Aguas y el artículo 195.2 del RDPH no tendrán el mismo efecto conminatorio en los distintos supuestos de inscripción en el Registro y en el Catálogo. Se tenía que haber inscrito en el Registro de Aguas antes del 1 de enero de 1989 si se quería optar por la conversión del derecho de propiedad en la titularidad temporal privada por cincuenta años y el sucesivo derecho preferente a una concesión; pero si no se decidió hacerlo así existirá la obligación de declarar el aprovechamiento privado —que continuará siendo perpetuo o indefinido— para su inclusión en el Catálogo. En el primer supuesto, se propicia la inscripción, pero no se inscribirá si no se acredita el derecho a la utilización del recurso y, en su caso, la no afectación a otros aprovechamientos legales preexistentes. En el segundo supuesto habrá obligación de declarar las circunstancias (en particular, título, aforo, características y destino) del aprovechamiento, pero no de acreditarlas; si se acreditan, facilitando así el conocimiento que necesita tener de ellas el Organismo de cuenca para la inclusión provisional en el Catálogo, a la que seguirá el reconocimiento exigido para la definitiva (cfr. disp. trans. 4.ª LA y art. 195.3 RDPH), se facilitará la inscripción en beneficio del interesado; si no, la Administración tendrá que comprobar la declaración y proceder a inscribir los datos averiguados, se hayan o no verificado los declarados. Las multas coercitivas a las que se refiere la disposición transitoria 4.ª.3 de

---

(7) La no obligatoriedad estricta o sustantiva (en el sentido de que su falta no afecta al contenido y mantenimiento de los derechos privados sobre el agua) de la inscripción en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas es, en última instancia, fundamento de la propia declaración de demanialidad de todas las aguas continentales. El TC dice en este sentido, en el fundamento 6.º de la misma Sentencia 227/1988, que, “no obstante esta declaración general de demanialidad, la Ley no ha desconocido los derechos de naturaleza privada preexistentes a las mismas; por el contrario, las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª permiten a sus titulares elegir entre la conversión de aquéllos en otros .. o el mantenimiento de la titularidad de los derechos anteriores”

la Ley de Aguas procederán, en realidad, cuando no habiendo optado por la alternativa de inscribir en el Registro de Aguas acreditando debidamente el aprovechamiento, tampoco se haya declarado este aprovechamiento para su inclusión en el Catálogo, facilitando al respecto el conocimiento y reconocimiento de las circunstancias del aprovechamiento al Organismo de cuenca. La inscripción en el Registro se practica porque se pretenden conseguir los efectos derivados de la protección administrativa; la obligación de declarar en el Catálogo tiene una finalidad informativa: la Administración necesita conocer todos los aprovechamientos existentes, porque sólo así puede gestionar racionalmente los recursos hídricos.

### 3. EFECTOS

Si el propietario del pozo o galería opta por declarar en el Catálogo lo que dicen las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la Ley de Aguas es que los interesados mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora (lógicamente, el ahora será el 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor de la Ley). Y el artículo 195.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, a los efectos de la inscripción en el Catálogo de aguas privadas, se refiere a los titulares legítimos de aprovechamientos de estas aguas, calificadas como privadas por la legislación anterior a la vigente LA, que opten por mantenerlas en tal régimen, los cuales, para declararlas, tendrán que acompañar el título que acredite su derecho al aprovechamiento y hacer constar sus características y el destino de las aguas, lo que evidencia que ha de mantenerse el régimen de utilización de las aguas que existiera al entrar en vigor la Ley, aunque se conserve, a perpetuidad, el dominio privado de las mismas.

La expresión de las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la LA, al referirse a esta alternativa de inclusión de aprovechamientos en el Catálogo de aguas privadas, es la de que los interesados "mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora", pero este término tan amplio de "titularidad" se completa y aclara en las mismas disposiciones transitorias, ya que en sus apartados 3 y 4 se alude explícitamente a la utilización de caudales, al régimen de aprovechamiento, a los aprovechamientos mismos y a la explotación; en coherencia con estas expresiones, también el artículo 195 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, al regular la inclusión en el Catálogo, se refiere a los titulares legítimos de los aprovechamientos, que son los que deben declarar su existencia, el título que han de acompañar debe acreditar el derecho de aprovechamiento, y el Organismo de cuenca, antes de inscribir definitivamente, tendrá que reconocer las características del aprovechamiento.

El Catálogo de aguas privadas es, por tanto, un catálogo de aprovechamientos y así lo califica expresamente la disposición transitoria 4.<sup>a</sup>.2. En él se tendrán que reflejar todos los datos que definan los aprovechamientos, enunciados genéricamente en el citado artículo 195 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico con las expresiones “características del derecho al aprovechamiento” y “destino de las aguas”.

Todo esto significa que la “titularidad” que se mantiene si se inscribe en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas ha de ser la titularidad completa existente sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías que estuvieran en explotación el 1 de enero de 1986. Dicha titularidad comprenderá tanto el derecho de propiedad de las aguas como los derechos de aprovechamiento sobre las mismas, tanto del mismo propietario como de terceros, cualesquiera que sean las relaciones jurídicas, entre aquél y éstos, que hayan originado el derecho de aprovechamiento de los segundos. El derecho de propiedad sobre las aguas y los distintos aprovechamientos de las mismas, concurrentes con aquél, constituyen en su conjunto la titularidad que puede inscribirse en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas para que se mantenga en la misma forma en que existía al entrar en vigor la Ley de Aguas (8).

La finalidad de que la Administración consigna una información completa de todos los derechos sobre las aguas, se procura conseguir mediante la existencia de un duplicado de los Registros de Aguas, Catálogos y

---

(8) Como dicen E. GARCÍA GALLEGO y A. GALOFRE Y TORREDEMER en *Consideraciones generales sobre las aguas subterráneas en Catalunya y algunos aspectos administrativos y técnicos en la tramitación de los expedientes iniciados al amparo del régimen transitorio de la Ley de Aguas de 1985*, RACEFN, *Jornadas jurídico-técnicas...*, “se trata de saber *quién* utiliza el agua. Para ello se puede presentar título de propiedad de la finca si se trata del propietario o contrato de arrendamiento si es el arrendatario o cualquier otro documento que acredite el disfrute del aprovechamiento”. Comentan estos autores la complejidad de estas situaciones, que “plantea serios problemas y da lugar a la intervención de verdaderos expertos, en el sentido de personas altamente cualificadas en el conocimiento de la materia y del territorio, ya que parece inviable la comprobación uno por uno del enorme número de aprovechamientos que se han acogido a uno u otro sistema”. Se plantean incluso el procedimiento para obtener la inscripción en el Registro o en el Catálogo y sugieren que “la información pública puede ser necesaria cuando se piense que el aprovechamiento puede afectar a terceros, o bien para comprobar la acreditación del derecho que se alega por la vía indirecta de creer lo que se declara en el caso de que no comparezca nadie a la información pública, vía esta última algo dudosa jurídicamente hablando”. J. TOLEDO JÁUDENES: *Comentarios a la Ley de Aguas*, en colaboración con J. GONZÁLEZ PÉREZ y C. ARRIETA ALVAREZ, cit., pág. 535, considera que la fórmula “los titulares legítimos de los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior” no es en absoluto precisa, pues vale para referirse al propietario y al usufructuario, pero también al arrendatario del predio o a los usuarios por convenio del agua, pareciéndole lo más lógico imputar al propietario la obligación en cuanto es el principal afectado.

Censos que se lleven en los Organismos de cuenca y en los Servicios Hidráulicos de las CC.AA., tal como dispone el artículo 197 del RDPH. El Catálogo de Aguas Privadas constituye, pues, a este objetivo común, de elaboración de estadísticas, para la preparación y el seguimiento de los planes hidrológicos. Pero, además, el conocimiento completo de los aprovechamientos de aguas, públicos y privados, resulta necesario para la gestión unitaria y racional de los recursos hídricos y para poder ejercer las funciones de vigilancia, control y policía de los aprovechamientos, máxime cuando cualquier incremento de caudal o modificación de las condiciones o régimen de un aprovechamiento privado (perpetuo o temporal) lleva aparejada la conversión en concesión de la totalidad del mismo (9).

### III. INSCRIPCIONES DE DERECHOS SOBRE AGUAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La legislación hipotecaria relativa a las aguas, al tomar en consideración la coexistencia de aguas públicas y privadas, ha regulado, tanto la inscripción de las concesiones administrativas de las primeras, de las que deriva un derecho de aprovechamiento que es lo que en realidad se inscribe, como la inscripción de la propiedad privada del agua, contemplada en el doble aspecto de un bien inmueble en sí misma (art. 334, 8.º CC) y de un bien vinculado a otros inmuebles, normalmente fincas rústicas. La cotitularidad de los aprovechamientos de aguas públicas y de la propiedad de las aguas privadas no ofrece problema si se trata de la comunidad romana o por cuotas, pero ha requerido una regulación especial en los supuestos de comunidades especiales, en las que unas veces se produce esa vinculación de agua y tierra pero en otras ocasiones se mantiene separada la propiedad de una y otra, pudiendo disponerse libremente de las cuotas de agua, para lo cual ha resultado conveniente configurar cada cuota como finca independiente. Todo ésto ha dado lugar a varias posibilidades de reflejar en el Registro los derechos privados sobre el agua: a) agua

---

(9) Como dice S. del SAZ en *Aguas subterráneas, aguas públicas (el nuevo derecho de aguas)*, cit., pág. 296, nota 16, la habilitación para la imposición de multas coercitivas que necesariamente debe estar prevista en una norma de rango legal está efectivamente pensada como una norma de cierre del derecho transitorio que garantiza que todas las antiguas concesiones, aprovechamientos ganados por prescripción y aprovechamientos de aguas privadas sean conocidos por la Administración como punto de partida del nuevo sistema de aguas. Es por esta razón por lo que dicha habilitación se contiene en la disposición transitoria 4.ª 3 mientras que en los procedimientos regulados reglamentariamente para la inscripción de nuevas concesiones o aprovechamientos legales es la Administración la que tiene la carga de la inscripción.

inscrita como *finca* independiente, en propiedad; *b*) agua inscrita en propiedad, pero no como finca independiente sino como *cualidad* de la finca de que forme parte o en la que está situada; *c*) *derecho a beneficiarse* (cualidad del predio dominante) de aguas de propiedad ajena, situadas en otra finca o inscritas ellas mismas como finca independiente (predios sirvientes en ambos casos); *d*) agua inscrita en propiedad a favor de una comunidad especial considerada como Entidad con personalidad propia; *e*) cuota de agua en una comunidad especial, inscrita en propiedad como finca independiente; *f*) cuota de agua en una comunidad especial, inscrita en propiedad, pero no como finca independiente sino como cualidad de la finca a que se destina (que debe pertenecer al titular de la cuota) (10).

Para precisar la funcionalidad del Registro de la Propiedad en los diferentes supuestos de aprovechamientos de aguas, públicas y privadas, que hemos visto pueden inscribirse en el Registro de Aguas o en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas, debemos partir de la existencia de distintos grados y modos de relación de los dos elementos reales constitutivos de esos aprovechamientos, que, en lo que ahora interesa, o sea a efectos de esa funcionalidad del Registro de la Propiedad, son el derecho a beneficiarse del agua y la finca que se beneficia de la misma. En los casos más simples esa relación es una pura relación de destino, característica de todo aprovechamiento, pero hay otros casos en que es más estrecha o intensa, puesto que no sólo se determina que un caudal o volumen de agua ha sido adscrito a una actividad que se desarrolla en una finca también determinada, sino que el derecho sobre el agua se vincula —con vinculación jurídico-real— a la finca; otras veces, incluso, el agua es inherente a la finca, deriva de la titularidad de la misma, es como una extensión de su propiedad y tiene que ser calificada como parte integrante de la finca (11); finalmente, un cuarto supuesto especialmente complejo es el de los aprovechamientos colectivos, tanto públicos como privados, pues-

---

(10) En este supuesto *f*), la cuota inscrita no es derecho a beneficiarse del agua (no hay servidumbre porque la finca que se beneficia pertenece al mismo titular de la cuota), sino cualidad del predio, a pesar de que el volumen o caudal total del agua correspondiente a la comunidad especial conste inscrita a nombre de la comunidad o entidad. La razón de ello está en que aunque la inscripción se practique a favor de la entidad, a ésta sólo le corresponde (por su especial naturaleza u objeto asociativo) una titularidad de gestión del agua, mientras cada uno de los comuneros tiene la facultad de disposición de su cuota.

(11) La diferencia entre el segundo y tercer supuestos es la diferencia que puede existir entre lo que la legislación hipotecaria denomina cualidad de una finca (arts. 13 LH y 66, párr. 2.º, de su Reglamento) o, incluso, cualidad determinante de su naturaleza (art. 66, párr. 3.º, RH) y lo que la doctrina conoce como parte integrante de una finca. Con independencia de otras diferencias teóricas, a efectos prácticos, la cualidad de la finca supone una vinculación jurídica más que real, mientras en la parte integrante hay una vinculación real que tiene consecuencias jurídicas.

to que lo mismo en unos que en otros puede y suele configurarse la situación jurídica colectiva como una comunidad de estructura consorcial, o sea de modo que se dé una vinculación real entre la finca privativa de cada comunero y la cuota respectiva en el elemento común que es el aprovechamiento colectivo del agua, apareciendo, de esta forma, como objeto formal del derecho de cada uno el "lote" constituido por su finca y su cuota de participación en el uso del agua, además de en otros elementos comunes.

Con estos presupuestos, teóricos y de Derecho positivo registral, podemos analizar ya las diferentes situaciones jurídicas relativas al agua que se configuran o reconocen en la nueva Ley de Aguas, a fin de considerar su posible inscripción en el Registro de la Propiedad, conforme a su naturaleza y estructura respectivas. Con excepción de la inscripción de las reservas previstas en los planes hidrológicos que, por su propia función y su sucesiva conversión en inscripciones de concesiones, carece de contenido o entidad para acceder también al Registro de la Propiedad, todas las demás situaciones jurídicas que pueden ser objeto de inscripción en el Registro de Aguas o en el Catálogo de Aprovechamientos de aguas privadas son igualmente inscribibles en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria.

## 1. INSCRIPCIONES EN PROPIEDAD

Pueden dar lugar a ellas las siguientes situaciones jurídicas:

- A) *Propiedad privada preexistente que se conserva por el no ejercicio de la opción de inscripción en el Registro de Aguas prevista en las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la LA*

Esta propiedad privada existente al entrar en vigor la Ley de Aguas podrá ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, tanto si ya había tenido acceso al Registro antes de dicha vigencia como si se pretendiera inmatricularla. Sin embargo, tanto en el supuesto de primeras como de segundas inscripciones, será imprescindible acompañar al título o documento principal en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción (cfr. art. 33 del RH), el complementario consistente en la certificación del Organismo de cuenca o Administración hidráulica de Comunidad Autónoma competente en la correspondiente cuenca intracomunitaria, acreditativa del contenido de la

oportuna inscripción en el Catálogo de Aprovechamientos de aguas privadas o negativa del propio Catálogo y del Registro de Aguas. Sólo mediante la presentación de este documento complementario se justificará el requisito esencial, para el mantenimiento de la propiedad, consistente en el hecho de no haber optado, antes del 1 de enero de 1989, por la inscripción en el Registro de Aguas a efectos de la conversión del derecho de propiedad en la titularidad temporal privada por cincuenta años y subsiguiente preferencia al otorgamiento de concesión (12).

La presentación, en su caso, de la certificación de inscripción en el Catálogo de Aprovechamientos de aguas privadas puede facilitar la inscripción en el Registro de la Propiedad, pero no es imprescindible para practicarla (13).

Esta propiedad preexistente, que se mantiene después de la entrada en vigor de la Ley de Aguas, podrá ser inscrita tanto como finca independiente como haciendo constar la existencia de las aguas en la inscripción de la finca de que formen parte, como una cualidad de la misma (cfr. art. 66, párr. 1.º y 2.º del RH). Si se acreditan y justifican documentalmente los aprovechamientos de terceros, procedentes también de actos anteriores a la vigencia de la Ley de Aguas y configurados como servidumbre, ésta se inscribirá como gravamen, en la finca independiente o en la que conste el agua como una cualidad, y como derecho a beneficiarse, o cualidad determinante de su naturaleza, en los predios dominantes (cfr. art. 13 LH y 66, párr. 3.º RH) (14).

---

(12) Aunque pueda presentarse y sea suficiente una certificación negativa, el hecho que se acredita no es negativo, sino alternativo u opcional, por lo que no puede pensarse en prescindir de la certificación porque los hechos negativos no han de probarse.

(13) Para el alcance de las facultades de aprovechamiento y disposición del propietario de aguas o —lo que es lo mismo— la extensión del dominio privado de las aguas después de su configuración por la Constitución y por la propia Ley de Aguas, puede verse mi comentario de los artículos 407 y 408 del CC. En todo caso, los datos del aprovechamiento de las aguas (del propietario o de terceros) exigidos por la legislación de aguas constarán necesariamente en el Catálogo de Aprovechamientos de aguas privadas y, a través de él, ejercerá la Administración el control de los cambios en esos aprovechamientos, que pueden dar lugar a la conversión de aprovechamientos privados en públicos o concesionales. Si voluntariamente se presentan y justifican en el Registro de la Propiedad, se harán constar estos aprovechamientos del propietario y de terceros, dando lugar los de terceros —en su caso— a las operaciones registrales derivadas de la existencia de una servidumbre de aguas que grave la propiedad a que nos referimos y se haga constar como cualidad que beneficia las fincas de los terceros titulares del aprovechamiento.

(14) Véase B. CAMY SÁNCHEZ CAÑETE: "La nueva legislación de aguas y el Registro de la Propiedad", en *RCDI*, núm. 572, 1986, pág. 17, que señala reiterados fallos de la jurisprudencia, según los cuales son inscribibles los contratos en los que se adquiera, imponga o transmita el derecho a disfrutar, en cualquier concepto, de aguas de predios ajenos. En todos estos casos deben inscribirse las aguas, junto con la finca en que

B) *Charcas destinadas al servicio exclusivo  
de los predios privados en que están situadas*

Se trata de un supuesto muy singular, previsto en el artículo 10 de la LA (15), del que se deduce que la propiedad de un predio y de una parte integrante del mismo —la charca— llevará necesariamente aparejado un derecho de aprovechamiento del agua de la charca necesaria para el servicio exclusivo del predio.

Como las charcas serán de propiedad privada únicamente si se dan las dos condiciones de estar situadas en predios privados y destinadas al servicio del predio en que están ubicadas, esta última circunstancia deberá hacerse constar expresamente en la inscripción, para lo cual, así como para inscribir la charca si no lo estuviere, podrá practicarse una nueva inscripción en el folio de la finca, basada en acta notarial de presencia o por descripción de la charca en los títulos referentes al inmueble (cfr. art. 66, pár. 4.º RH).

Esa doble condición de ubicación y destino determinan la condición de parte integrante de la charca y así la califica el propio artículo 10 de la LA. No podrá, por consiguiente, ser inscrita de otro modo que como tal parte integrante, como una extensión de la propiedad de la propia finca, pero no como cualidad de la misma o como finca independiente (16).

---

radiquen, bajo un mismo número, y además, como carga de ella, aquellos derechos que afecten a esas aguas (Resolución de 27 de enero de 1864), por tratarse de verdaderos derechos reales en cosa ajena (Resolución de 24 de marzo de 1922). Los contratos o convenios tendrán que acreditar que los aprovechamientos de terceros eran anteriores al 1 de enero de 1986 (fecha de entrada en vigor de la Ley de Aguas), pues los posteriores supondrían una modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento y se requeriría concesión que amparase la totalidad de la explotación. Con la vigencia de la nueva Ley sólo son posibles convenios, para nuevos aprovechamientos de terceros, por la vía del artículo 60 de la Ley de Aguas mediante otorgamiento de concesión en régimen de servicio público de regadío, lo que llevará aparejada la conversión de la propiedad privada de las aguas objeto de convenio en recursos de dominio público hidráulico.

(15) Véase el comentario de este precepto.

(16) Estas dos posibilidades de inscripción del agua —como finca independiente y como dualidad del predio— aparecen en la legislación hipotecaria como compatibles. Por esto considero que la forma de que no se inscriba el agua como finca independiente (lo que no es compatible con la calificación de la charca como parte integrante) es no admitir tampoco que se inscriba como cualidad del predio. En la nota 11 he señalado la diferencia entre cualidad y parte integrante.

C) *Inscripciones de lagos, lagunas y charcas de propiedad privada, especialmente si existen, sobre ellos, inscripciones expresas en el Registro de la Propiedad*

Hay que distinguir (17) entre los supuestos de inscripción de una charca que sea parte integrante de una finca y todos los demás de lagos, lagunas y charcas sobre los que existan inscripciones expresas en el Registro de la Propiedad, inscripciones que serán de propiedad privada puesto que los bienes de dominio público quedan exceptuados de la inscripción (cfr. art. 5 del RH).

En el primer supuesto, como las charcas eran normalmente privadas, estaban destinadas al servicio de las fincas y formaban parte de ellas como una posibilidad de beneficio y aprovechamiento de las mismas, continuarán siéndolo y estándolo después de la nueva Ley. El Registro de la Propiedad lo único que hace es facilitar, en virtud del principio de legitimación registral, la prueba de la propiedad privada de la charca, pero de ningún modo puede deducirse de esto que únicamente las charcas inscritas expresamente en el Registro mantendrán su carácter privado; también las no inscritas como parte integrante de la finca que las contenga serán privadas, pero siempre con el alcance de lo dispuesto en el artículo 10 de la LA, considerándola parte inseparable e indisponible por separado de la finca, de modo que esté vinculada al predio, para el servicio exclusivo del mismo.

En los casos de lagos y lagunas inscritos en el Registro como una propiedad privada, tanto si aparecen inscritos como fincas independientes como si lo están como una cualidad del predio que los contiene, y asimismo en el caso de charcas inscritas como fincas independientes, se conservará esa propiedad privada, según se deduce de lo establecido en la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la LA, sin que pueda entenderse, en estos supuestos, que es de aplicación el régimen especial del artículo 10 de la LA, únicamente aplicable a las charcas inscritas como parte integrante de un predio (o no inscritas, pero cuya propiedad inherente a una finca de dominio privado se haya probado). Por supuesto que, también en estos casos, lo único que hace el Registro de la Propiedad es facilitar la prueba de la propiedad privada, pero de ningún modo cabrá deducir que los lagos, lagunas y charcas no inscritos serán necesariamente considerados de dominio público. Sin embargo, esta conversación del carácter dominical privado que ostentaban los lagos, lagunas y charcas inscritos expresamente en el Registro de la Propiedad (o no inscritos, pero cuya propiedad privada

---

(17) Véase la justificación de esta distinción en el comentario de la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Aguas.

esté suficientemente probada), se someterá a las normas generales que regulan el mantenimiento de las titularidades privadas sobre aguas procedentes de situaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Aguas, es decir las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la propia Ley. Con independencia del régimen concreto del artículo 10 de la LA, relativo únicamente a las charcas cuya propiedad sea inherente a la de los predios que las contienen, y aplicable tanto a las situaciones nuevas como a las anteriores a la vigencia de la LA, será aplicable, a las aguas estancadas en general, el mismo sistema establecido para las procedentes de manantiales y de pozos o galerías en explotación. Los titulares de algún derecho sobre aguas privadas procedentes de lagos, lagunas o charcas que, por la inscripción registral correspondiente o por cualquier otro medio de prueba, hubieran acreditado su titularidad, tenían la posibilidad de optar por la inscripción en el Registro de Aguas dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigor de la LA y continúan pudiendo solicitar (más aún, tienen la obligación de hacerlo) la inclusión de su derecho en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas (18).

Por consiguiente, este tercer caso de inscripción de la propiedad de las aguas en el Registro queda reconocido a los otros dos expuestos anteriormente, pudiendo acceder a él las aguas estancadas del modo que ya hemos indicado respecto de cada uno.

## 2. INSCRIPCIONES DE APROVECHAMIENTOS PRIVADOS INDIVIDUALES

### A) *Supuesto de ejercicio de la opción prevista en las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la LA*

Tal como acabo de indicar, este ejercicio positivo de la opción de inscripción en el Registro de Aguas, al que se refieren las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la LA, puede haberse realizado, dentro de los tres

---

(18) La razón de considerar aplicables a las aguas estancadas dichas disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la Ley de Aguas es la de que la estanqueidad de las aguas no es sino una situación concreta, temporal y accidental de las aguas corrientes (caso de lagos o lagunas conectadas con cauces de aguas superficiales) o subterráneas (caso de las humedades y de las cuencas endorreicas). Estas disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la Ley de Aguas han sido establecidas por el legislador para solucionar los problemas que se planteaban con motivo de la declaración de demanialidad de todas las aguas continentales consideradas como un solo recurso a fin de respetar las situaciones jurídicas preexistentes, pero haciéndolo de tal modo que fueran compatibles con el nuevo régimen general de aguas públicas. Aparte de estas razones, la posibilidad de aplicar este sistema de las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> a los lagos, lagunas y charcas resulta de lo establecido en el número tres de la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>

años siguientes a la entrada en vigor de la Ley de Aguas, no solamente en cuanto a las aguas de manantiales y de pozos o galerías, a las que aluden expresamente dichas disposiciones, sino también en cuanto a las aguas estancadas, por las razones ya expuestas.

En estos casos no se inscribirá en el Registro la propiedad temporal del agua sino un aprovechamiento temporal de aguas privadas, tal como expresamente se califica esta situación jurídica en las disposiciones transitorias que la regulan, pues la inscripción en el Registro de Aguas tiene carácter constitutivo de la nueva situación de aprovechamiento temporal en que se convierte o transforma la antigua propiedad (19).

Por esta misma razón del carácter constitutivo del derecho de aprovechamiento temporal que tiene el Registro de Aguas, será imprescindible presentar la certificación del mismo para poder llevar a cabo la inscripción correspondiente en el de la Propiedad. Y puesto que el derecho que se inscribe no es el de propiedad del agua, sino el de aprovechamiento temporal correspondiente al propietario de la finca en que están contenidas las aguas o a terceros, no será posible practicar ninguna inscripción de las aguas como finca independiente. En realidad, la certificación del Registro de Aguas que se presente en el de la Propiedad deberá recoger la titularidad completa de los aprovechamientos, del propietario de la finca y de terceros, en su caso, limitándose el Registro de la Propiedad a practicar las correspondientes operaciones registrales para reflejar esos aprovechamientos: el del propietario de la finca como una cualidad de la misma (20), y el de los terceros como gravamen de dicha finca y cualidad de las fincas que se benefician del uso del agua, siempre que se presenten los documentos justificativos de esta relación de servidumbre real configuradora del aprovechamiento de los terceros.

B) *Aprovechamientos legales de aguas pluviales, estancadas, de manantiales y subterráneas, inherentes a las fincas de propiedad privada*

También estos derechos sobre el agua, regulados en el artículo 52 de la LA, son derechos de aprovechamiento y no de propiedad. Son aprovechamientos *ex lege*, porque es la propia Ley la que confiere a los propietarios estos derechos limitados al uso del agua, como una extensión de su derecho de propiedad. Consiguientemente, y por las mismas razones expuestas al tratar de la inscripción de las charcas del artículo 10 de la LA, aunque

---

(19) Véase, para la configuración de este derecho de aprovechamiento temporal, mi comentario de los artículos 409-416 del Código Civil.

(20) Véase J. M. QUINTANA PETRUS: *Derecho de Aguas*, Barcelona, 1989, pág. 82

aquí se trate de un derecho de aprovechamiento y no de propiedad, la inscripción de los supuestos regulados en el artículo 52 de la LA y concordantes del RDPH, describirá el aprovechamiento legal correspondiente como parte integrante de la finca, sin que, en ningún caso, pueda ser finca independiente o cualidad del predio.

Para poder practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad, será necesario presentar la correspondiente certificación del Registro de Aguas, ya que la inscripción en este Registro es obligatoria y se practica después de las oportunas comprobaciones, de modo que la extensión del derecho que se inscribe aparecerá debidamente determinada en dicha certificación.

### 3. INSCRIPCIONES DE APROVECHAMIENTOS PÚBLICOS INDIVIDUALES

#### A) *Concesiones en régimen de aprovechamiento directo*

Como son accesorias de otras fincas (cfr. arts. 31 y 44, 6.º RH), las inscripciones de los aprovechamientos de aguas públicas, obtenidos mediante concesión administrativa, se practicarán como cualidad de estas fincas, debiéndose acompañar el correspondiente certificado del Registro de Aguas, que ha sustituido al antiguo de aprovechamientos de aguas públicas, organizado por el Real Decreto de 12 de abril de 1901, al que alude el artículo 64 del RH, el cual añade que si no se acompañase el certificado, podrá tomarse anotación preventiva por defecto subsanable. Este precepto, al igual que el siguiente que regula la inscripción de los aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción, y en tanto en cuanto la prescripción pueda todavía acreditarse conforme a lo previsto en la disposición transitoria primera de la LA, continúan siendo aplicables y no presentan especial problema con motivo de la nueva legislación de aguas, pues la regulación de los aprovechamientos de las aguas que ya eran públicas continúa siendo sustancialmente la misma.

#### B) *Concesiones en régimen de servicio público para riego*

Se trata del supuesto regulado en el artículo 60 de la LA. Por ser una concesión, la inscripción en el Registro de la Propiedad se practicará de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 31 y 44, 6.º del RH; si se trata de concesión solicitada por el propietario de caudales que todavía no estaban en explotación, para el riego de fincas de terceros, deberá inscribirse la concesión en la finca de ese propietario, como una cualidad de la misma;

si se trata de aguas públicas concedidas con la finalidad prevista en el artículo 60 de la LA (por ejemplo, a una Empresa que depure las aguas que se van a utilizar para riego), tendrá que inscribirse el derecho concesional como finca independiente.

Previamente deberá haberse practicado la inscripción en el Registro de Aguas, inscripción que deberá reflejar la situación jurídica completa, o sea el derecho concesional del empresario sin tierras y el de aprovechamiento de los titulares de las tierras beneficiarias del riego, que recae sobre el derecho del primero. Consiguientemente, con la presentación del certificado del Registro de Aguas y la documentación complementaria pertinente, se inscribirá el derecho del concesionario (como finca independiente o como cualidad de un predio de su propiedad) y el de los terceros regantes y titulares de aprovechamientos, que podrá dar lugar a las inscripciones de dichos aprovechamientos como cualidad de sus fincas objeto de riego (predios dominantes) y gravamen de la del concesionario (predio sirviente).

#### 4. INSCRIPCIÓN DE APROVECHAMIENTOS COLECTIVOS

Se da, normalmente, en estos casos una vinculación real entre la finca privativa de cada comunero y la cuota respectiva en el elemento común que es el aprovechamiento colectivo del agua, apareciendo, de este modo, como objeto formal del derecho de cada uno, el "lote" constituido por su finca y su cuota de participación en el uso del agua, además de en otros elementos comunes. Pero no siempre ha sido así, porque la relación casi natural de agua y tierra ha quedado rota cuando han primado necesidades o intereses que han propiciado la disponibilidad por separado del agua, dando lugar a asociaciones de personas que se unían para procurarse el agua pero pretendían poder disponer cada una, libremente, del caudal que pudiera corresponderle. Dificil combinación que sólo podía lograrse con esa ruptura del vínculo casi natural de agua y bienes inmuebles que configura precisamente el denominado aprovechamiento de aguas, públicas o privadas (21).

---

(21) Esta situación se dio en Canarias (donde perdura y ha sido aceptada, al menos como transitoria, por la nueva Ley de Aguas del archipiélago de 26 de julio de 1990) y en otras zonas de gran escasez de agua como el sureste peninsular, donde no puede continuar porque lo impide la Ley de Aguas estatal, ya que las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> respetan el régimen de utilización del recurso o de los caudales realmente utilizados al entrar en vigor la Ley o régimen de aprovechamiento entonces existente (según las expresiones de las propias disposiciones) y todas las normas que regulan la inscripción en el Registro de Aguas y en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas

### A) *Aprovechamientos colectivos de aguas públicas*

Conforme al artículo 64, párrafo 3.º y 4.º del RH, se inscribirán a favor de la comunidad de regantes en el Registro de la Propiedad a que corresponda la toma de aguas en cauce público (22). En la inscripción se hará constar, además de la circunstancias generales que sean aplicables, los datos de aprovechamiento, su regulación interna, las tandas, turnos u horas en que se divida la comunidad; las obras de toma de aguas y las principales y accesorias de conducción y distribución. Bajo el mismo número, y en sucesivos asientos, se consignarán los derechos o cuotas de los distintos partícipes, mediante certificaciones expedidas en relación a los antecedentes que obren en la comunidad con los requisitos legales. En los folios de las fincas que disfruten del riego se inscribirá también el derecho en virtud de los mismos documentos, extendiéndose las oportunas notas marginales de referencia. Las mismas normas se aplicarán a los aprovechamientos colectivos adquiridos por prescripción y acreditados conforme a lo dispuesto en el art. 65 del RH.

Con la regulación transcrita se consigue la conexión entre el elemento privativo o finca regable de cada comunero y su participación en los elementos comunes, en especial el aprovechamiento de aguas otorgado por concesión o adquirido por prescripción, quedando publicada la titularidad de cada "lote" constituido por vinculación *ob rem* de finca y derecho de riego.

### B) *Aprovechamientos colectivos de aguas privadas*

En materia de comunidades de aguas privadas, los cuatro últimos párrafos del artículo 66 del RH, inspirados en la Ley reguladora de los Heredamientos de Aguas en Canarias, de 27 de diciembre de 1956, dispo-

---

Privadas se refieren siempre a las situaciones de aprovechamiento, lo que supone —por el juego de las disposiciones transitorias— que los caudales no aprovechados realmente por el propietario o por terceros el 1 de enero de 1986 sólo pueden ser objeto de aprovechamiento por el propietario solicitando la oportuna concesión, y de disposición a favor de terceros por la vía del artículo 60 de la Ley de Aguas que permite la venta de agua con precio controlado por la Administración (solución, en definitiva, similar a la de la Ley canaria, pero que en la Península y Baleares sólo se podrá aplicar a los caudales existentes y no aprovechados el 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor de la Ley de 2 de agosto de 1985). Incluso en este último supuesto se produce esa vinculación de agua y bien que se beneficia del agua que el legislador estatal ha querido que se dé siempre, terminando así con la venta libre del agua.

(22) Obviamente, ahora la toma no tendrá que ser necesariamente en cauce público, pues se realizará en un acuífero si se trata de aguas subterráneas.

nen que las aguas privadas pertenecientes a heredades, heredamientos, dulas, acequias u otras comunidades análogas se inscribirán en el Registro de la Propiedad correspondiente al lugar en que nazcan o se alumbren aquéllas o su parte principal, a favor de la Entidad correspondiente. En la inscripción se hará constar, además de las circunstancias generales que sean aplicables: el volumen del caudal, los elementos inmobiliarios indivisibles y accesorios de uso común, como los terrenos en que nazcan las aguas, galerías, pozos, maquinarias, estanques, canales y arquillas de distribución, número de participantes o fracciones en que se divida el caudal; las normas o principios básicos de organización y régimen y los pactos que modifiquen el contenido o ejercicio de los derechos reales a que la inscripción se refiera.

Cada copartícipe o comunero podrá inscribir a su nombre como finca independiente o, en su caso, en el folio de la finca que disfrute del riego, la cuota o cuotas que le correspondan en el agua y demás bienes afectos a la misma con referencia a la inscripción principal. Sin embargo deberá abrirse siempre folio especial cuando se inscriban las sucesivas transmisiones de cuotas o la constitución de derechos reales sobre las mismas.

Esta inscripción registral separada de las cuotas de las comunidades especiales no parece compatible con el sistema de aprovechamiento del agua (binomino agua-finca) y con el régimen de dominio público hidráulico, y resulta poco congruente con la naturaleza de las comunidades especiales, caracterizadas precisamente por la vinculación de las fincas privativas y las cuotas de participación en el aprovechamiento común (23); pero además no es necesaria, ni siquiera en Canarias, para permitir la disponibilidad de las cuotas, pues la sencillez formal de las transmisiones y el cambio continuo de titularidad, mediante un sistema de operaciones que recuerda el bursátil de títulos-valores (la Ley 12/1990, de 26 de julio, habla expresamente de actos de comercio), hace que el tráfico jurídico del agua se desenvuelva prácticamente al margen del Registro de la Propiedad, habiéndose establecido un régimen de comunicación con la Administración del Agua, posterior al negocio o acto jurídico de transmisión, comunicación que, en el caso de comunidades u otras personas jurídicas, tendrán que realizar éstas porque "en la transmisión de participaciones de comunidades u otras personas jurídicas se produce la adquisición de la cuota proporcional en la condición de concesionario" (art. 112 de la Ley Canaria 12/1990, de Aguas, al que se remite la disposición transitoria tercera de la misma Ley).

---

(23) Para la naturaleza y estructura de este tipo de comunidades y los problemas registrales de las mismas puede verse E. PÉREZ PÉREZ: *El consorcio real en el Derecho positivo español*, Madrid, 1986, págs. 200 y sigs.

#### IV. COMPLEMENTARIEDAD FUNCIONAL DEL REGISTRO Y CATALOGO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Mientras el Registro de la Propiedad se vertebra por fincas, el Registro de Aguas y el Catálogo de Aprovechamientos de aguas privadas son registros de aprovechamientos que intentan reflejar el destino del agua y las fincas que se benefician de ella, aunque sólo pueden conseguirlo de un modo general, precisamente porque no son ni pueden ser registros de fincas.

El Registro de la Propiedad ha intentado, en realidad, acomodarse a la particularidad del agua y de sus aprovechamientos. Como es Registro de fincas, ha intentado que las aguas pudieran ser fincas independientes, y como el agua va destinada a las fincas, ha regulado el modo de reflejar en las inscripciones de éstas el derecho a aprovechar en ellas el agua. Pero el agua se resiste a su configuración como finca (24) y el derecho sobre el agua está sujeto a unas variaciones que requieren un control que no puede realizar el Registro de la Propiedad, por lo que difícilmente se podrá dar la debida concordancia con la realidad, que es lo que, en cambio, incumbe a la Administración del agua, debiendo llevarla a cabo a través de sus propios registros de aprovechamientos.

Parece, pues, claro, el carácter complementario del Registro de la Propiedad y los Registros de Aguas, por lo que lo lógico sería que el sistema de presentación de la oportuna certificación del Registro de Aguas, que ya está establecido actualmente para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los aprovechamientos de aguas públicas, se hiciera extensivo a los aprovechamientos de aguas privadas. Al tratar anteriormente de los distintos supuestos de inscripción en unos y otros Registros, he expuesto el modo concreto como se operaría en cada caso.

#### V. SOLUCION DE POSIBLES CONTRADICCIONES ENTRE LOS REGISTROS DE AGUAS Y DE LA PROPIEDAD

De lo que acabo de exponer, puede deducirse que difícilmente se darán contradicciones entre el Registro de la Propiedad y los Registros de Aguas. Los datos relativos a las fincas que se benefician del agua los aportará el Registro de la Propiedad, mientras las características descriptivas del agua

---

(24) Véanse a este respecto las dificultades que expone CAMY en ob. cit., págs. 19 y sigs.

misma que es objeto de cada aprovechamiento estarán reflejadas en el Registro o en el Catálogo de aguas.

Pero además y sobre todo, las funciones y efectos de estos Registros son distintas, por lo que, aún habiendo diferencias entre sus asientos, no tiene porqué producirse contradicción. Ya me he referido anteriormente al carácter y efectos del Registro de Aguas y del Catálogo de Aprovechamientos de aguas privadas y claramente se vé que son muy distintos a los del Registro de la Propiedad. Diríamos que son tres Registros que se sitúan en ámbitos diferentes: el Catálogo tiene unos fines informativos y de control administrativo fundamentalmente; el Registro de Aguas confiere una protección administrativa (cuyo alcance ya hemos visto) a quienes se acogen a él; al Registro de la Propiedad le incumbe, sobre todo, proteger a los titulares de los derechos en él inscritos, por los efectos que se derivan de los principios hipotecarios, en particular de legitimación y fé pública registral.

En todo caso, si surgiera contradicción entre el Registro de Aguas y el de la Propiedad Inmobiliaria y se presentase litigio entre los titulares diferentes de uno y de otro, habría que solucionar el conflicto teniendo en cuenta que los asientos del Registro de Aguas están bajo la protección administrativa y los del Registro de la Propiedad están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1, pár. 3.º de la LH), por lo que procedería plantear la cuestión, en primer lugar, ante la Administración, y recaída resolución administrativa, plantear la cuestión judicial, normalmente en vía de contencioso administrativa y entablando entonces, en su caso y a la vez, la demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente en el Registro de la Propiedad, a que se refiere el artículo 38 de LH.

EMILIO PÉREZ PÉREZ

Doctor en Derecho y Profesor  
Asociado de Derecho Civil



# Publicidad registral de la suspensión de pagos (\*)

**SUMARIO:** I. LA EJECUCION COLECTIVA Y SU REGULACION.—II. EVOLUCION LEGISLATIVA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA SUSPENSION DE PAGOS.—III. EL ACCESO REGISTRAL DE LA SUSPENSION DE PAGOS: A) ACCESO REGISTRAL DE LA SITUACIÓN O ESTADO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS COMO RESOLUCIÓN JUDICIAL DE LAS PERSONAS. B) ACCESO REGISTRAL DE ESAS RESOLUCIONES POR EL CAUCE DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER. C) ACCESO REGISTRAL DE ESAS RESOLUCIONES EN VIRTUD DE DISPOSICIONES QUE DECRETAN LA PUBLICIDAD DE LAS MISMAS, PERO SIN PRONUNCIARSE SOBRE SU NATURALEZA NI EXPRESAR CAUCE ALGUNO.—IV. LOS SUPUESTOS DE PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA SUSPENSION DE PAGOS: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. EXAMEN DE CADA UNO DE LOS SUPUESTOS DE PUBLICIDAD REGISTRAL EN LA SUSPENSIÓN DE PAGOS: A) *Resolución judicial teniendo por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos.* B) *Resolución judicial declarando al solicitante en estado de suspensión de pagos.* C) *Resolución aprobando el convenio.* D) *Otras resoluciones judiciales que pueden motivar asientos en los Registros Mercantil y de la Propiedad*

Excelentísimos e ilustrísimos señoras y señores:

Comparezco hoy para dar lectura al discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid y con ello cumplir el trámite que consolide la condición de Académico de Número que me fue otorgada en los primeros momentos de la reaparición de esta noble Corporación.

Llegados a feliz término los trabajos para la recreación de la Academia que durante mucho tiempo realizara nuestro Presidente, el excelentísimo señor don Fortunato Crespo Cedrún, y aprobada la Comisión preparatoria integrada por el mismo y los Académicos excelentísimos señores don

---

(\*) El presente trabajo es el texto literal del discurso leído por el autor en el acto de su recepción como Académico de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid.

Policarpo Cuevas Trilla, don Eduardo Mendizábal Landete, don Juan Manuel Infante Villapececellín y don José Luis de los Mozos y de los Mozos, fueron publicados los estatutos de la Academia en el *Boletín Oficial del Estado* de 24 de octubre de 1981, y poco tiempo después me fue comunicada la designación de Académico electo en unión de los excelentísimos señores don Vicente Guilarte Zapatero, don Juan Segoviano y Hernández, don Felipe Pastor Olmedo y don Jerónimo Gallego Pérez, lo que para mí fue y es un honor, y ello no sólo por lo que supone desde el punto de vista personal, sino por formar parte en la Academia al lado de tan prestigiosos juristas como son todos los nombrados y los que posteriormente han sido elegidos.

Confieso que me sentí profundamente emocionado ante el honor que se me dispensaba en una ciudad como Valladolid, sede de Universidad, de Audiencia Territorial, de Archidiócesis, de Capitanía General, de Colegio Notarial y de otras instituciones supraprovinciales y provinciales, con un plantel, en todas esas áreas, de numerosos y prestigiosos juristas, sin olvidar a los Abogados, cuya alta preparación había tenido ocasión de constatar en el ejercicio de mi profesión de Registrador de la Propiedad de uno de los tres Registros entonces demarcados en la ciudad.

Por todo ello aprovecho esta ocasión para agradecer públicamente a los compañeros miembros de la primera hora de la Academia que pensarán en mi humilde persona para tan alta dignidad. Y lo hago personalmente y además como Registrador de la Propiedad, cuya función estimo que se quiso destacar con mi nombramiento, ya que veo esta designación como el reconocimiento a una dedicación profesional oscura, callada y, a veces, poco comprendida de tantos profesionales que sin el brillo que tienen otras funciones y, por regla general, sin grandes publicaciones jurídicas en nuestro haber, nos movemos en el mundo de la práctica del Derecho, sin ser artistas, pero siendo artesanos, colaborando en la creación del Derecho, amoldando al caso concreto la norma del legislador y, a veces también, la interpretación profunda y atrayente del científico o del autor de monografías y tratados, o atisbando las soluciones jurisprudenciales para que sirvan al supuesto particular que se ofrece a nuestra consideración en demanda de una solución específica.

La función registral, al calificar los títulos que pretenden acceder al Registro buscando las garantías derivadas del sistema, se mueve en ese ámbito de la práctica del Derecho, que presupone y exige formación teórica, y en la que no sólo se aprecia el defecto que, a juicio del Registrador, impide su admisión, sino que, además y sobre todo, se orienta, se aclara y se indica la forma o el medio de superar aquella dificultad; en definitiva, informando en Derecho en una función que se venía ya reali-

zando y que se ha institucionalizado en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario reformado por Decreto de 21 de diciembre de 1983 (1).

La calificación registral, con el juicio de valor y la decisión de admitir o rechazar la inscripción, según dice la Resolución de la Dirección General de los Registros de 23 de junio de 1943, es una materia delicada por la facultad cuasi judicial que atribuye a los Registradores, afirmando el profesor Lacruz (2) que el Registrador es el árbitro de gravísimos intereses económicos y su decisión de inscribir o no es fundamental para la consistencia del derecho real o también del de crédito cuando se quiere hacer valer y cobrar preferencia mediante una anotación preventiva de embargo, o si la reclamación de propiedad se pretende anotar en el folio de la finca reivindicada; y que la actuación del Registrador consiste en una aplicación del Derecho semejante a la del Juez, necesitada de igual o mayor especialización, en igual posición de independencia jerárquica y alienidad al asunto y hasta con la misma obligación de juzgar.

Esa independencia, unida a la responsabilidad personal y patrimonial del Registrador, constituye otra de las principales características de una función que tanto en el de la Propiedad como en el Mercantil o en los demás Registros a cargo de aquél es eminentemente jurídica.

Expuesta alguna explicación de mi presencia, voy a dar cuenta de la razón del tema a desarrollar.

Entre los muchos títulos que se presentaban a mi consideración para hacerlos objeto de esta intervención, dando por supuesto que cualquiera de ellos habría de enfocarlo desde la perspectiva registral, opté por el de *Publicidad registral de la suspensión de pagos*, y ello porque, desde mi punto de vista, existían razones objetivas y subjetivas que me inclinaban a ello.

---

(1) Artículo 355 del Reglamento Hipotecario:

1. Mediante petición expresa y por escrito en la solicitud de certificación, o a continuación de la ya expedida, podrá solicitarse que el Registrador emita un breve informe no vinculante, explicativo de la situación jurídico-registral de la finca o derecho o del modo más conveniente de actualizar el contenido registral de conformidad con los datos aportados por el solicitante, o bien sobre el alcance de determinada calificación registral.

2. No podrá solicitarse el informe a que se refiere el párrafo anterior cuando se solicite del Registrador certificación con información continuada.

3. La solicitud de informe deberá referirse a una sola finca o derecho.

4. Cuando se solicite el informe regulado en los párrafos anteriores el Registrador lo emitirá en el plazo de diez días, a contar desde aquél en que se debió certificar, o, en su caso, desde la solicitud del informe.

(2) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO *La naturaleza de la función registral y la figura del Registrador* IV Congreso Internacional de Derecho Registral. Colegio de Registradores, 1980, pág. 38.

Objetivamente, por ser ésta una materia sobre la que existen muy pocos preceptos que la regulen en las Leyes Mercantiles, Procesales e Hipotecarias y, además, porque las escasas normas son en cierto modo confusas y no siempre armónicas. La propia legislación hipotecaria, que tiene fama de técnica y precisa, originariamente guardó silencio sobre el tema, como más adelante recordaremos, y posteriormente reguló la publicidad de las actuaciones concursales como si se tratara de prohibiciones de disponer para, más tarde, cambiar de orientación y estimar que su naturaleza se avenía mejor con la incapacidad, regulando así su acceso registral sin llevar la decisión a sus últimas consecuencias, sino con vacilaciones que también se han producido en la doctrina y en la jurisprudencia.

Por otro lado, hasta época relativamente reciente, los estados de crisis económica del comerciante individual o social, en particular el de suspensión de pagos, no habían merecido de la doctrina toda la atención que merecían y, en concreto, en la cuestión específica que nos ocupa, la bibliografía es aún más escasa (3).

Subjetivamente el tema me atraía, porque ya en el año 1968 fueron objeto de recursos gubernativos unas notas de calificación del que expone, entonces Registrador en Béjar (Salamanca), que denegaron la práctica de anotaciones preventivas de embargo, ordenadas en mandamientos judiciales que se presentaron en el Registro después de constar ya anotada la resolución judicial que admitía la solicitud de suspensión de pagos del demandado embargado. En dichos recursos, tanto el fallo del excelentísimo señor Presidente de la Audiencia Territorial de Valladolid como el de la Dirección General de los Registros, ante la que se alzó la parte recurrente, en Resoluciones de 14 y 26 de noviembre de dicho año, confirmaron las notas del Registrador.

---

(3) Aparte lo consignado sobre el particular en los tratados y libros generales de Derecho Hipotecario y Mercantil o en monografías generales sobre suspensión de pagos y referencias incidentales en estudios de revistas jurídicas, entre dicha bibliografía pueden citarse:

1. Manuel OLIVENCIA RUIZ: *Publicidad registral de suspensión de pagos y quiebras*. Editorial Montecorvo, 1963.

2. CENTRO HIPOTECARIO DE ARAGÓN: "Anotaciones de suspensión y quiebra". *Boletín Colegio de Registradores*, octubre 1971.

3. Rafael RIVAS TORRALBA (Registrador de la Propiedad): "Anotaciones de suspensión de pagos y anotaciones de embargo". *Boletín Colegio de Registradores*, junio de 1984.

4. Manuel GARAIZÁBAL FONTENLA (Registrador de la Propiedad): "Las anotaciones de suspensión de pagos y las anotaciones preventivas de embargos". *Boletín Colegio de Registradores*, abril 1983.

5. Finalmente, me complace citar un documentado y extenso trabajo inédito de Mariano ALVAREZ PÉREZ, actual Registrador número 3 de Valladolid, que he podido consultar por su atención en facilitármelo y que agradezco expresamente.

Hasta aquella fecha solamente existía una Resolución del Centro Directivo del año 1962, que había sostenido la procedencia de admitir la anotación preventiva de embargo después de anotada la suspensión de pagos. Las Resoluciones de 1968, a las que antes hemos hecho referencia, mantuvieron la doctrina contraria, y esta postura se ha mantenido en otras Resoluciones de 1971, 1973 y 1979, si bien con la matización, en algunas de ellas, de aceptar el criterio permisivo de la de 1962, siempre que el mandamiento contuviese la salvedad de expresar que la ejecución se suspendería hasta que terminara la tramitación de la suspensión de pagos y denegar la práctica de la anotación de embargo cuando no se hiciera esta reserva en el mandamiento. Todo esto había motivado que mi interés no sólo no decreciera, sino que aumentara, ante un tema que no es en absoluto pacífico, con tantos problemas como cuestiones se plantean y que van desde la polémica sobre si deben registrar o no las resoluciones judiciales de la suspensión de pagos, a discutir su naturaleza y, en consecuencia, sus efectos y, entre ellos, el ya apuntado sobre el cierre del Registro que sus asientos produzcan; o de la registración del convenio y de las causas de terminar el procedimiento hasta las más aparentemente triviales del tipo de asiento procedente para la constancia registral de cada resolución judicial, cancelación de estos asientos, constancia del cumplimiento o incumplimiento del convenio y que son, entre otras muchas, algunas de las irresueltas dificultades con las que el Registrador se enfrenta al calificar los títulos relacionados con el procedimiento de suspensión de pagos y para las que no existen soluciones uniformes o siquiera medianamente compartidas.

Por último, la circunstancia de haber tomado parte como miembro de la Comisión General de Codificación, en la revisión y aprobación del Anteproyecto de Ley Concursal (4), que había sido redactado por la Ponencia especial formada por los excelentísimos señores don Manuel Olivencia Ruiz, don Luis Vacas Medina, don Jorge Carreras Llansana, don Guillermo Jiménez Sánchez y don Angel Rojo y Fernández del Río contribuyó también a la elección definitiva del tema por estimar que incluso la promulgación de la anunciada Ley Concursal, por otra parte al parecer no tan inmediata, no eliminaría el interés de su tratamiento, aunque su importancia y dificultad hubieran merecido y necesitado otro expositor.

---

(4) Publicado por el Ministerio de Justicia en 1983.

## I. LA EJECUCION COLECTIVA Y SU REGULACION

Decíamos en otra parte (5) que es preciso tener en cuenta que en la ejecución confluyen normas de muy variada procedencia, dando lugar a una encrucijada de preceptos de carácter civil, mercantil, laboral, fiscal, procesal e hipotecario cuyo cúmulo ha de originar siempre problemas complejos, tanto más cuanto que no siempre ha sido igual la idea inspiradora de los redactores de los distintos cuerpos legales y que las reformas introducidas en unos, a lo largo de sus períodos de vigencia, no siempre han originado las correlativas modificaciones de otros, y que las interpretaciones jurisprudenciales de sus preceptos muchas veces no han sido coincidentes en todos ellos. En el momento de la ejecución, que es realmente el de la verdad, el de la intervención quirúrgica, todas las instituciones y las figuras jurídicas, configuradas aisladamente en la paz, han de someterse a esa situación bélica, de emergencia y de concurrencia, y no siempre encajan.

Y esto que es así, y lo predicábamos de la ejecución forzosa singular, se acrecienta, como es lógico, en la ejecución colectiva.

El artículo 1.911 del Código Civil previene que del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros.

Esta adscripción patrimonial al cumplimiento de las obligaciones atribuye a cada acreedor, es decir, a todos y a cada uno de ellos, un poder de agresión, de ataque sobre ese patrimonio para el supuesto de incumplimiento; y nos estamos refiriendo a obligaciones pecuniarias y a otras que puedan ser cumplidas mediante su prestación dineraria equivalente.

Esta responsabilidad personal e ilimitada del deudor frente a cada acreedor concreto se desenvuelve, normalmente, por el cumplimiento voluntario de aquél o, excepcionalmente, con su cumplimiento forzoso mediante la ejecución procesal singular, que concreta aquel poder de agresión genérico sobre alguno de los bienes que integran el patrimonio del deudor.

El planteamiento que acabamos de hacer se complica, y aparece la ejecución colectiva cuando el patrimonio del deudor no es lo suficiente para satisfacer todas las obligaciones contraídas por el mismo, bien por una insuficiencia relativa o falta de liquidez, bien por una insuficiencia absoluta o insolvencia propiamente dicha.

Tanto en uno como en otro caso ha de acudir a un procedimiento de ejecución universal que garantice el principio de igualdad en el reparto o distribución del patrimonio del deudor, de tal modo que mediante este sistema concursal —de todos juntos— se evite que un acreedor más dili-

---

(5) *Problemas registrales de la ejecución*. Libro homenaje al Registrador don Tirso Carretero. Colegio de Registradores, año 1985.

gente o menos considerado pueda absorber y agotar el patrimonio del deudor perjudicando a otros acreedores con derecho similar o incluso preferente al suyo.

Surgen así los procedimientos universales de ejecución en los que aquel derecho abstracto, personal e ilimitado que todos y cada uno de los acreedores ostentaban sobre el patrimonio de su deudor se concreta, diríamos que se hace real, en algún aspecto, incluso en el sentido jurídico de la expresión, y lo convierte en un patrimonio adscrito al fin de garantizar, y en su caso satisfacer hasta donde alcance, las deudas existentes y por el orden que proceda.

Como dice TORRES CRUELLES (6), se podrá discutir si el patrimonio queda pignorado, embargado o cedido a los acreedores o a un ente o consorcio transitorio que éstos forman. Pero lo que sí resulta cierto es que la universalidad del mismo entra en vía de secuestro conservatorio o en liquidación. Y que la autoridad judicial es la que da valor al nuevo vínculo y ordena el proceso.

En esta situación, la publicidad viene a reforzar esa adscripción peculiar de la situación procesal y de sus consecuencias, con los concretos efectos que, según los casos, se deriven de la publicidad registral.

Los procedimientos universales de ejecución colectiva, según la terminología tradicional, son el concurso civil que se aplica a los no comerciantes y el de quiebra para los comerciantes. Esta distinción, puramente artificial, que alcanza su consagración legal en las Ordenanzas de Bilbao, aunque ya había aparecido en disposiciones anteriores como en la Ley de Cortes de Barcelona de 1299, se basa en la mayor trascendencia social y económica que se deriva de la insolvencia de los comerciantes, por la cadena de operaciones que repercuten en la solvencia de otros, en relación con la insolvencia de los que no se dedican al comercio. Como consecuencia de ello, en algunos países no se conoce otra reglamentación sobre quiebras que la que se aplica a los comerciantes, mientras que en otros el procedimiento es común para todos, solución esta última que es la que sigue al Anteproyecto de Ley Concursal, abandonando la postura tradicional en nuestro Derecho de distinguir entre ambos procedimientos.

En el Derecho vigente, como ya hemos visto, se distingue entre el concurso de acreedores, con sus situaciones previas de quita y espera que tratan de evitar el procedimiento liquidatorio, que se aplica a los no comerciantes y que está regulado en el Código Civil, artículos 1.912-1.929, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 1.130-1.317; y la quiebra, que se aplica a los comerciantes.

---

(6) Joaquín TORRES CRUELLES: *La suspensión de pagos*, Bosch, 1957, pág. 47.

La regulación de la quiebra tiene entre nosotros viejo arraigo, y se ha dicho (7) que la palabra castellana “quiebra” procede de la frase “quebrar el banco”, como costumbre en las grandes ferias de Medina del Campo a las que acudían en la Edad Media comerciantes italianos que debieron trasladar la expresión a su país, en las que el banquero solía solventar sus obligaciones a la vista de sus acreedores y deudores contando su dinero sobre un banco en la plaza pública, de forma que los acreedores, cuando el banquero o comerciante se encontraba en la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones vencidas, le rompían el banco en señal de protesta y como medida simbólica, primitiva e infamante, dando lugar a expresiones “banco roto”, “bancarrota” o “quebrar el banco”.

En la legislación histórica española era fundamental y básico el principio general, después oscurecido e incluso alterado, de distinguir entre el comerciante que cesa definitivamente en sus pagos, o sea, el insolvente con pasivo superior al activo, y aquel otro que sólo cesa temporalmente por consecuencia de una dificultad pasajera, pero disponiendo de un activo superior a sus deudas.

Al cambiar este principio general, la terminología se hace imprecisa, y esa imprecisión o cambios de nombre lleva a pensar en modificaciones sustantivas que han ocasionado, a veces, dificultades de adaptación legislativa y cierto confusiónismo doctrinal y jurisprudencial.

Los cuerpos legales, con esos cambios de denominación, contribuyeron a esta desorientación; y así recordamos, por vía de ejemplo, que a los que las Ordenanzas de Bilbao llamaba “atrasados”, el Código de Comercio de 1929 los denomina “quebrados de primera clase”, en tanto que el Código de Comercio vigente se refiere a ellos con la expresión de “suspensos”, nombre que después de la Ley de 1922 se aplicará tanto a ellos como a los insolventes definitivos, que eran los propiamente quebrados de la legislación precedente, dando lugar a que mientras en el ordenamiento mercantil hasta el Código vigente, incluso y sobre todo en su modificación de 1897, la suspensión de pagos se presentaba como una especie de quiebra en la que se presuponía siempre un activo superior al pasivo, en situación análoga a la quita y espera del concurso de acreedores civil, la Ley de Suspensión de Pagos rompe ese esquema y admite su aplicación aun con insolvencia definitiva, y hace que tal estado pueda entenderse como una quiebra abreviada en la que algunas normas específicas del procedimiento de quiebra tengan que serle aplicadas.

En efecto, e insistimos en este punto por creer que en ello se originan algunas de las causas de imprecisión en cuanto a la naturaleza de la

---

(7) TORRES CRUELLES: *Ob. cit.*, pág. 17.

suspensión de pagos y su repercusión en la situación del suspenso y en el tratamiento de la publicidad registral de tal estado, en las Ordenanzas de Bilbao, que extendieron a los comerciantes de esa ciudad por Real Cédula de 2 de diciembre de 1737 el privilegio concedido por los Reyes Católicos en 1494 a los de Burgos, se clasifican las quiebras en tres clases: de primera o simple atraso, de segunda o fortuita, y de tercera o fraudulenta, siendo esta norma la que rige hasta el Código de Comercio de 1829.

Dicho Código, en parte todavía vigente, siguiendo el precedente anterior distingue en sus artículos 1.002 y 1.003 cinco clases de quiebra:

1.<sup>a</sup> Suspensión de pagos. Las del comerciante, al que se le denomina quebrado de primera clase, que manifestando bienes suficientes para cubrir sus deudas suspende temporalmente sus pagos y pide a sus acreedores un plazo en que pueda realizar sus mercancías o créditos para satisfacerlas. 2.<sup>a</sup> La insolvencia fortuita. 3.<sup>a</sup> La insolvencia culpable. 4.<sup>a</sup> La insolvencia fraudulenta. 5.<sup>a</sup> El alzamiento de bienes.

El Código de Comercio vigente de 1885, en su redacción originaria, distinguía, en la insolvencia del comerciante, la suspensión de pagos y la quiebra, pero con cierta ambigüedad respecto a si era imprescindible que el activo fuera superior al pasivo para acogerse al procedimiento de suspensión de pagos; y por ello la Ley de 10 de junio de 1897 modificó el Código con la finalidad principal de que los comerciantes con pasivo superior al activo, o sea, en insolvencia definitiva, no pudieran utilizar la fórmula de la suspensión de pagos al amparo de una supuesta falta de precisión legal, cerrando así el paso a gran cantidad de procedimientos de esta clase presentados por deudores de mala fe que, siendo insolventes, obtenían quitas y esperas y, sobre todo, demoraban su quiebra.

El procedimiento de quiebra persigue en último término la liquidación colectiva y forzosa del patrimonio del deudor, pero antes de llegar a ese final busca, sobre todo a través de la suspensión de pagos, salvar el patrimonio del deudor en beneficio del mismo, de los propios acreedores y, en definitiva, de la sociedad y de la economía general de la nación, ya que se parte del presupuesto indudable de que el procedimiento de quiebra es largo, malo, costoso y perjudicial para todos esos intereses, y por ello las fórmulas que tratan de evitar la liquidación, como la suspensión de pagos, incluso en los casos de insolvencia definitiva, se han ido abriendo camino en las distintas legislaciones, surgiendo así los llamados “concordatos preventivos” o “arreglos judiciales”.

Es de destacar que la obra del Senador de la Cancillería de Valladolid don FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA, titulada *Labyrinthus creditorum concurrentium*, publicada en esta ciudad en 1646, fue el primer tratado sistemático que se publicó en el mundo sobre la quiebra y que tuvo no sólo

resonancia científica, sino influjo en la práctica de los Tribunales europeos durante largos años, precediendo a las leyes más benévolas para los deudores, que fueron apareciendo y en las que sin duda influyó, ya que trata el supuesto del deudor que produce concurso convocando a sus acreedores para hacerles entrega y cesión de sus bienes.

Dentro de esa línea de los concordatos preventivos, hay que encuadrar a la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922. Antes de ella no existía procedimiento adecuado para suspender pagos, por lo que el Tribunal Supremo había resuelto, en algún caso, que debía aplicarse el procedimiento de quita y espera establecido para el concurso de acreedores, viniendo a constituir dicha Ley el procedimiento para conseguir esa suspensión de pagos, según se dijo en la discusión parlamentaria para la aprobación de la misma.

Esta Ley que, como es sabido, se promulga para atender la necesidad de reforma y cumplir el mandato del artículo 873 del Código de Comercio que remitía a una ley especial la regulación de los trámites de la suspensión de pagos, también surge para resolver el caso de la suspensión de pagos del Banco de Barcelona, lo que acaso hizo que no sólo regulara el aspecto procesal, sino que se extendiera a problemas sustantivos.

La Ley, en su artículo adicional segundo, previene que pasados cuatro años de su vigencia podría el Gobierno suspender sus efectos, dando cuenta de ello a las Cortes, sin que se haya hecho uso de esa posibilidad y, como en otras ocasiones, una ley que nació con vocación expresa de provisionalidad lleva más de sesenta años de vigencia.

Con posterioridad a ella no han faltado algunos intentos de modificación, de los cuales el más inmediato fue el proyecto 1926-1927, precedido de una Exposición de Motivos, elaborado como Ponente de la Comisión General de Codificación por el Catedrático que fue de esta Universidad de Valladolid don José María González de Echevarri y Vivancos (8).

Posteriormente, una Comisión formada en el seno del Instituto de Estudios Políticos siguió trabajando en unas Bases para esta Ley especial, y ya en nuestros días aparte de otros proyectos públicos y privados, el Anteproyecto de Ley Concursal al que hacíamos alusión al principio, en el que, como dice su Exposición de Motivos, se parte de la unidad legal, de tal modo que una sola ley regule los aspectos materiales y formales del fenómeno concursal; de la unidad de disciplina, superando la diversidad de régimen jurídico asentada en el carácter civil o mercantil del deudor; y de la unidad de sistema, haciendo confluir en un procedimiento único el

---

(8) Publicado en *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, en colaboración con el también Catedrático de esta Universidad don Mauro Miguel y Romero, 1932, págs. 85 y sigs.

tratamiento, ahora disperso, en la pluralidad de concurso, quiebra, beneficios de quita y espera y suspensión de pagos.

La finalidad del concurso, en el Anteproyecto, ya no es la liquidación del patrimonio, como ocurre en la regulación del concurso de acreedores y en la quiebra, sino, como en la vigente Ley de Suspensión de Pagos, la conservación del conjunto patrimonial del deudor común, considerando el convenio como la solución, normal y deseada, de la situación de crisis económica; y por lo que se refiere al deudor, la reforma proyectada concibió que su inhabilitación únicamente tendrá lugar en caso de apertura de la liquidación o cuando se acuerde por el Juez, dentro de las medidas especiales que puede adoptar, es decir, en forma análoga a como ahora ocurre en la suspensión de pagos.

La legislación en materia de quiebras está constituida por:

- a) Los artículos 870 al 955 del Código de Comercio de 1885.
- b) Los artículos 1.002 al 1.177 del Código de Comercio de 1829.
- c) Los artículos 1.318 a 1.396 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- d) Algunos artículos de esta Ley que regulan el concurso de acreedores y a los que se remiten preceptos de la quiebra.
- e) Los artículos 1.922 y siguientes del Código Civil.

La suspensión de pagos está regulada por:

a) Los artículos 870 a 873 del Código de Comercio de 1885 en la redacción que dio a los mismos la Ley de 10 de junio de 1897, aunque no es unánime la doctrina sobre si esos preceptos están vigentes o fueron derogados por la Ley especial.

b) La Ley Especial de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922.

c) Los artículos del Código de Comercio y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativos a la quiebra, a los que se remite la Ley especial.

d) Independientemente existen una serie de Leyes que regulan supuestos concretos, como la de 19 de septiembre de 1886 de convenios de las Compañías de Ferrocarriles con sus obligacionistas y acreedores, que facilitaba la suspensión de pagos; la Ley de 9 de abril de 1904 sobre situaciones de insolvencia de Compañías concesionarias de Obras Públicas, que complementa la anteriormente citada; la Ley de 2 de enero de 1915, llamada de Suspensión de Pagos de Compañías y Empresas de Ferrocarriles y demás obras de servicio público; y el Decreto Ley de 20 de octubre de 1969 que reguló la intervención de empresas, entre otras.

El tema concreto de la publicidad de la suspensión de pagos lo examinaremos en la Ley de 26 de julio de 1922 y en las disposiciones de la legislación hipotecaria y del Registro Mercantil.

## II. EVOLUCION LEGISLATIVA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA SUSPENSION DE PAGOS

La evolución legislativa en materia de publicidad registral de la suspensión de pagos ha sido la siguiente:

El Código de Comercio de 1829 introduce en España un Registro Mercantil de carácter general que carece de antecedentes legislativos en nuestro país, aunque ninguna de las inscripciones previstas en el mismo constituían innovaciones, ya que eran conocidas por nuestro Derecho o por las legislaciones entonces en boga, pero la idea de reunir las en un Registro de Comercio, parece, sin embargo, original.

En dicho Código no se contenía ninguna disposición que hiciera referencia a la publicidad registral de las situaciones de quiebra, una de cuyas clases, según hemos visto, era la suspensión de pagos.

En el proyecto de Código Civil de 1851, que comprendía la totalidad de la materia civil y, por tanto, también la que después constituyó la legislación hipotecaria objeto de ley especial, se hacía una referencia a la constancia registral de las situaciones de quiebra en su artículo 1.829, que incluía, entre las sentencias sujetas a inscripción, aquéllas en las que se declare la quiebra o se admita la cesión de bienes o se ordene el secuestro o la expropiación.

En el proyecto de Código de Comercio de 1858 elaborado por el profesor salmantino don Pablo González Huebra, en el seno de la Comisión General de Codificación, en su artículo 55, sobre inscripción en la matrícula de comerciantes del Registro Mercantil, se pone acento especial en la necesidad de la patente de inscripción en el caso de menores de veinticinco años, "Concursados y quebrados", así como la presentación de las licencias y documentos que acreditan su idoneidad, comprendiéndose entre los actos inscribibles la rehabilitación de concursados y quebrados.

La Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 y su Reglamento de 21 de junio del mismo año nada dicen expresamente sobre las situaciones de quiebra en relación con el Registro.

Esta Ley, que reguló la inscripción en el Registro de la Propiedad del dominio y demás derechos reales para seguridad de su tráfico y garantía del crédito territorial, eliminando las hipotecas generales tácitas, no admitía la inscripción de derechos personales, con la excepción del arrendamiento y, aún éste, sólo en determinadas circunstancias, si bien, como algo que parecía no encajar en el sistema, en el número 4 de su artículo 2.º consideraba inscribibles las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, o la presunción de muerte de personas ausentes, o en las que se imponga la pena de interdicción o cualquier otra por la que

se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes; y en el artículo 4.º del Reglamento expresado se decía que las sentencias ejecutorias que deben inscribirse, conforme a lo dispuesto en el número 4 del artículo 2.º de la Ley, no son sólo las que expresamente declaren la incapacidad de alguna persona para administrar sus bienes o modifiquen con igual extensión su capacidad civil en cuanto a la libre disposición de su caudal, sino también todas aquellas que produzcan legalmente una u otra incapacidad, aunque no la declaren de un modo terminante.

Además, como una consecuencia lógica, en el número 5 del artículo 42 de la misma Ley se prevenía que podía pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos, en el Registro correspondiente, el que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el número 4 del artículo 2 de esta Ley, concluyendo el apartado 3 del artículo 43 de la propia Ley que esa anotación debería hacerse también en virtud de providencia judicial, que podría dictarse de oficio cuando no hubiere interesados que la reclamen, siempre que el juzgador, a su prudente arbitrio, lo estime conveniente, para asegurar el efecto de la sentencia que pueda recaer en el juicio.

Como vemos de la exposición de esos preceptos legales y reglamentarios, en ellos no se cita para nada la quiebra, siendo más de resaltar esta omisión cuando el número 4 del artículo 2.º enumera varios casos o supuestos, sin que sea apreciable la opinión de quienes estiman que el término quiebra podría estar comprendido en la interdicción, ya que la verdad es que no se cita la quiebra, una de cuyas modalidades, aunque con peculiar regulación, era la suspensión de pagos.

De cualquier manera, se entendía que en esas resoluciones judiciales que afectaban a la capacidad de las personas y dentro de la amplia expresión “y cualquier otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes” del precepto legal y, sobre todo, en la ampliación que se deduce del artículo 4 del Reglamento, al incluir entre las inscribibles las resoluciones judiciales que produzcan legalmente una u otra incapacidad, aunque no la declaren de un modo terminante, estaban comprendidas las referentes a la quiebra.

En el proyecto para la reforma del Código de Comercio de 20 de septiembre de 1869, en su base tercera, se considera indispensable, entre las garantías de la profesión de comerciante, su publicidad para dejar a salvo el derecho de tercero y el de los menores e incapacitados, y en la quinta se afirma que todas las reglas sobre matrículas y otras, exigidas para garantizar a terceros contratantes, deberán fundarse en la publicidad.

El Código de Comercio de 1885, al regular el Registro Mercantil en sus artículos 16 al 32, no contempla la inscripción en dicho Registro de la situación de quiebra, y ello a pesar de enumerar, en sus artículos 21 y otros, los actos sujetos a inscripción en dicho Registro.

La Ley de Enjuiciamiento Civil vigente tampoco contiene ninguna disposición en relación con la publicidad registral de la quiebra y de la suspensión de pagos.

No obstante el silencio de nuestras leyes sobre la constancia registral de las situaciones de quiebra para su adecuada y conveniente publicidad, no faltaron voces en nuestra doctrina que abogaban por ello, y en este sentido podemos citar a RIVES Y MARTÍ (9) y a ESTASEN (10), que dice: "Entiendo, además, que de acto tan trascendental e importante como la declaración en estado de suspensión de pagos, mandará el Juez expedir mandamiento al Registrador Mercantil para su anotación" y refiriéndose a la quiebra afirma que, además de publicarse en los periódicos y por edictos, puede ordenarse que se inscriba en el Registro Mercantil la declaración de tal estado.

Es curioso que, a pesar de la omisión normativa, en la práctica forense se hacía uso, a veces, de este medio publicitario por el cauce establecido en los preceptos citados.

La Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909, si bien introdujo el artículo 45, según el cual la adjudicación de bienes inmuebles de una herencia "Concurso" o "Quiebra", hecha o que se haga para pago de deudas reconocidas contra la misma universalidad de bienes, no producirá garantía alguna de naturaleza real en favor de los respectivos acreedores, a no ser que en la misma adjudicación se hubiere estipulado expresamente, facultándoles, en su párrafo segundo, para obtener anotación preventiva de su derecho, mantuvo la misma actitud que las precedentes en esta materia, pero su Reglamento de 6 de agosto de 1915, en el artículo 105, dispuso que "también procederá la anotación preventiva de que trata el caso 4.º del artículo 42 de la Ley cuando se declare a algún deudor en concurso o quiebra previos los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Recordemos que el precepto legal aludido concede la posibilidad de pedir anotación preventiva de su derecho al que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviera, con arreglo

---

(9) RIVES Y MARTÍ: *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras*, 3.ª edición, Madrid, 1954, tomo II, págs. 130 y 320.

(10) Pedro ESTASEN: *Tratado de la suspensión de pagos y de las quiebras*, 2.ª edición, Reus, 1908, pág. 179.

a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles.

Dos peculiaridades resaltan del citado artículo 105:

a) Que por primera vez se citan, a efectos de su publicidad registral en la legislación hipotecaria, las situaciones de concurso y quiebra, aunque no la suspensión de pagos, si bien ello carece de importancia teniendo en cuenta que ésta era una clase en quiebra.

b) Que el precepto no se refiere a un supuesto de incapacidad, sino de secuestro o prohibición de disponer.

Sin duda que las críticas de las doctrinas contra la inscripción de resoluciones judiciales sobre capacidad civil de las personas, y de la inclusión en ellas de las situaciones de quiebra, influyeron en los redactores del Reglamento Hipotecario de 1915 cuando, al referirse expresamente a las situaciones de concurso y quiebra, regularon su acceso registral como un caso de secuestro o de prohibición de disponer, aunque siguiera estando abierta la posibilidad de acceso al Registro de las sentencias ejecutorias sobre quiebra por el cauce de las resoluciones de incapacidad.

El Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919 recogió expresamente la constancia registral de las resoluciones judiciales de suspensiones de pago y quiebra en el artículo 106, al disponer que “los Jueces ante quienes se tramiten en autos en virtud de los cuales se declare el estado de suspensión de pagos o la quiebra de un comerciante particular, remitirán al Registrador Mercantil de la Provincia donde el mismo comerciante tuviere domiciliado su establecimiento, por el conducto del Juez de Primera Instancia de la capital, un testimonio de la resolución firme recaída. El Registrador, en su vista, si el comerciante apareciere inscrito en el libro correspondiente, hará la oportuna inscripción, expresando la parte dispositiva de la declaración, el nombre del Juez o Tribunal que la hubiere dictado y su fecha. Si el comerciante no estuviere inscrito se hará la previa inscripción del mismo en virtud de mandamiento expedido por el Juez que se halle conociendo de los referidos autos, conteniendo dicho mandamiento las circunstancias necesarias para la inscripción, según el artículo 9.3”.

Dicho precepto declara inscribible la declaración del estado de suspensión de pagos y quiebra, y se refiere únicamente al comerciante individual.

La Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 contempla una triple publicidad registral:

1. En el Registro especial de suspensiones de pagos que se llevará en cada Juzgado.

2. En el Registro Mercantil de la Provincia correspondiente al domicilio del comerciante individual o social y

3. En el Registro de la Propiedad donde estén inscritos los bienes del suspenso.

No vamos a examinar la publicidad del Registro especial de suspensiones de pago que se lleva en cada Juzgado.

En los Registros Mercantil y de la Propiedad son muchas las resoluciones judiciales dictadas por los órganos jurisdiccionales, en el procedimiento de suspensión de pagos, que pueden motivar asientos en dichos Registros.

Las más importantes y trascendentales son, sin duda, la que acuerda tener por solicitada la suspensión de pagos (art. 4 de la Ley); la que declara ese estado y expresa si se trata de una insolvencia provisional o definitiva (art. 8 de la misma); la que aprueba el convenio (arts. 17 y 19 de la propia Ley); así como las que declaran sobreseído el expediente por diversas causas (art. 10, párr. 1.º; 13, párrs. 2.º y 4.º; 15, párr. 2.º, y 17, párr. 4.º, entre otras). Dichas resoluciones han de ser objeto de publicidad registral, unas por mandato expreso de la norma, como ocurre con la providencia declarando que se tiene por solicitada la suspensión de pagos (art. 4.º) o la aprobación del convenio (art. 17) y otras porque hacen referencia a otro precepto que así lo dispone, como ocurre con el auto declarando el estado de suspensión de pagos y la insolvencia provisional o definitiva (art. 8) o la declaración de sobreseimiento por no comparecer el deudor a la Junta o no reunirse en ella el quórum de acreedores (art. 13, núms. 2 y 4) y, en general, en los demás casos, por la propia exigencia de lo actuado, ya que si se dio constancia registral al hecho positivo de la incoación de procedimiento, o de su declaración, o al convenio, igualmente debe hacerse con otras resoluciones que impliquen modificación de lo registrado o que declaren la terminación del procedimiento.

Independientemente de las anteriores resoluciones, también otras pueden dar lugar a actos registrales y, entre ellas, sin ánimo exhaustivo, podemos citar:

1. Cesación de algún interventor y nombramiento de otro.
2. Modificación de las medidas cautelares.
3. Adopción de nuevas medidas de seguridad.
4. Desistimiento del deudor.
5. Cumplimiento del convenio.
6. La cesación de los interventores o su continuación.
7. La retroacción de los efectos de la suspensión en caso de insolvencia definitiva.
8. La suspensión o sustitución del comerciante, Gerente o Consejo de Administración.

Un tercer grupo de resoluciones judiciales que también pueden ser objeto de publicidad registral lo constituye las de constancia de la iniciación, o terminación, de litigios derivados, incidentales o no, de la suspensión de pagos, entre los que pueden citarse:

1. Declarativo impugnando la admisión de la solicitud de suspensión.
2. Declarativo de inclusión o exclusión de créditos o sobre el carácter de los mismos.
3. Juicio de oposición a la aprobación del convenio.
4. Juicio sobre rescisión del convenio por incumplimiento o declarando la quiebra.
5. Juicio de responsabilidad del deudor.
6. Tercerías de dominio de los acreedores a los que se refieren los artículos 908 a 910 del Código de Comercio.

El anteproyecto de reforma de Código de Comercio de 1926-27, entre los actos registrables que declara obligatorios para los comerciantes individuales y para las sociedades, y que fueron objeto de particular discusión en la sección segunda de la Comisión General de Codificación en sesión de 9 de marzo de 1928, figuran las relativas a la suspensión de pagos y la quiebra.

Particular relieve merece en dicho anteproyecto, por su especial interés y valor como precedente del propósito de hacer más efectiva la publicidad formal del Registro, la creación de un Boletín del Registro Mercantil. En la misma Exposición de Motivos se destaca esta idea de crear el Boletín por entender que la difusión por su medio de las circunstancias y actos de los comerciantes constituye una sólida garantía para ellos y para los que han de juzgar de su solvencia y crédito, siendo esta referencia al Boletín del Registro un claro antecedente de la reforma llevada a cabo en 1973 del artículo 16 del Código de Comercio con la intención de armonizarlo con el Derecho Comunitario Europeo.

La Ley Hipotecaria vigente de 8 de febrero de 1946 tampoco contempla la suspensión de pagos en relación con el Registro si bien mantiene el número 4.º del artículo 2.º como sus predecesoras, aunque suprime la expresiva locución “sentencias ejecutorias” y la sustituye por la más imprecisa de “resoluciones judiciales”, manteniendo los artículos 42 y 43, y el 10 de su Reglamento de 14 de febrero de 1947 con el contenido del 4 del Reglamento de 1861.

En el referido Reglamento Hipotecario de 1947, y como una innovación del mismo, en el artículo 142, bajo el epígrafe “De incapacidad”, dispone que: “también procederá la anotación preventiva del número 5.º

del artículo 42 de esta Ley, en los casos de suspensión de pagos, concurso o quiebra, previos los trámites establecidos en las leyes”.

Es esta la única vez que el Reglamento cita la suspensión de pagos, hasta el punto que, cuando en los números 4.º del artículo 166 y 5.º del 206 del propio Reglamento se detallan, respectivamente, las circunstancias de esa anotación y la causa específica de la cancelación de la misma, el legislador omite y olvida la referencia a la suspensión de pagos, e incluso en el número 4.º del artículo 166 mantiene la equiparación del concurso y la quiebra, al menos al incluirlas en el mismo número, aunque con alguna diferencia en cuanto a sus circunstancias específicas, con la anotación de prohibición de disponer.

El artículo 83 del vigente Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 dispone que: “los Jueces ante quienes se tramiten autos de suspensión de pagos o quiebra de un comerciante individual librarán mandamiento al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del comerciante para la práctica de la anotación preventiva ordenada en el artículo 4.º de la Ley de 26 de julio de 1922, 2.º de la Ley Hipotecaria y demás preceptos legales concordantes.

Si el comerciante no estuviere inscrito se hará la previa inscripción del mismo en virtud del mandamiento judicial, que deberá contener las circunstancias necesarias para dicha inscripción según el artículo 71.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se aplicará asimismo, según los casos, cuando se trate de condena a pena de interdicción civil”.

Este precepto, al igual que su análogo del Reglamento de 1919, sólo se refiere expresamente a los comerciantes individuales.

La Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957, en su artículo 1.º número 5.º, incluye entre los actos inscribibles en el mismo “las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas o que éstas han sido declaradas en concurso, quiebra o suspensión de pagos”, disposición que se completa con la del 46 de la propia Ley que declara que se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento “la adopción de las modificaciones judiciales de capacidad, las declaraciones de concurso, quiebra, o suspensión de pagos, la ausencia, el fallecimiento, los hechos relativos a la nacionalidad o vecindad y, en general, los demás inscribibles para los que no se establece especialmente que la inscripción se haga en otra Sección del Registro”, y finalmente el artículo 178 del Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958 dice que es inscribible la providencia por la que se tiene por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos y el auto declarando este estado, y que la inscripción de la declaración precisará si la insolvencia es provisional o definitiva, y los límites que el Juez fije a la capacidad del suspenso, declarando también

inscribible el hecho de haberse aprobado judicialmente el convenio en la suspensión de pagos.

Respecto de esta publicidad en el Registro Civil únicamente diremos:

1. Que las disposiciones del mismo no equiparan las situaciones de concurso, quiebra o suspensión de pagos con las modificaciones judiciales de la capacidad jurídica de las personas, ya que declara inscribibles esas modificaciones y las declaraciones de tales estados.

2. Que no obstante la opinión de los hipotecaristas que estimaban que las resoluciones judiciales relativas a la capacidad de las personas debían inscribirse en el Registro Civil y no en el de la Propiedad, es lo cierto que, sobre todo en materia de concurso, quiebra o suspensión de pagos, acaso porque no son supuestos de incapacidad y porque en la mayoría de los supuestos tales situaciones, al menos la de quiebra y suspensión de pagos, afectan a personas jurídicas y no físicas, se han recibido desfavorablemente la inscripción en aquel Registro afirmándose por OLIVENCIA (11) que se ha venido a extender exageradamente el ámbito del Registro Civil.

3. Que, como reconoce DÍEZ DEL CORRAL (12), el acceso al Registro Civil de la suspensión de pagos, concurso y quiebra no está justificado, y que, a pesar de lo que dispone el artículo 25 de la Ley de ese Registro, estos asientos no han sido recibidos en la práctica.

4. Que, como se deduce de la evolución legislativa expresada, el acceso a los Registros Mercantil y de la Propiedad de la situación de suspensión de pagos se ha orientado por analogía con el de las resoluciones sobre la capacidad civil de las personas o como prohibición de enajenar.

Pero esto que parece tan simple no lo es tanto, y es preciso revisar conceptos en orden a clarificar las consecuencias de esas soluciones en cuanto a la capacidad de las personas en la suspensión de pagos y a dilucidar si su situación es equiparable o diferente que en la quiebra o en el concurso; a examinar si la prohibición de enajenar es cauce más apropiado para el tratamiento de la publicidad registral que el de la capacidad, como se ha discutido, provocando incluso soluciones diferentes en la doctrina y en la jurisprudencia e incluso en la legislación; o, finalmente, si resulta que ninguna de esas resoluciones es apropiada para conseguir esa publicidad registral y debe buscarse otra razón que justifique y permita el acceso al Registro de esas situaciones.

---

(11) OLIVENCIA: *Ob. cit.*, pág. 128.

(12) Jesús DÍEZ DEL CORRAL RIVAS: *Publicación Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España*, Madrid, 1983, pág. 53.

### III. ACCESO REGISTRAL DE LA SUSPENSION DE PAGOS

En cuanto al acceso registral de esas situaciones, como hemos visto al examinar la evolución legislativa, se han seguido tres posturas:

A) Acceso registral de la situación o estado de la suspensión de pagos como resolución judicial que afecta a la capacidad de las personas. B) Acceso registral de esas resoluciones por el cauce de las prohibiciones de disponer, y C) Acceso registral de esas resoluciones en virtud de disposiciones que decretan la publicidad de las mismas, pero sin pronunciarse sobre su naturaleza ni expresar cauce alguno.

#### A) ACCESO REGISTRAL DE LA SITUACIÓN O ESTADO DE LA SUSPENSIÓN DE PAGOS COMO RESOLUCIÓN JUDICIAL SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

En la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 y en las modificaciones posteriores, incluso en la de 21 de abril de 1909 y 8 de febrero de 1946 como ya hemos dicho, no se mencionaban las situaciones de concurso de acreedores quiebra y suspensión de pagos, pero se sobreentendía que su constancia registral era posible al amparo del artículo 2.º apartado 4.º de la Ley Hipotecaria, cuando eran objeto de inscripción o del número 5.º del artículo 42 de la misma Ley, cuando eran objeto de anotación preventiva.

El Reglamento Hipotecario actualmente vigente, como también veíamos, en su artículo 142 las considera anotables al amparo del mismo número 5 del artículo 42 de la Ley, o sea, como un supuesto de anotación de demanda en la que se pidiere la declaración de incapacidad.

La registración de las resoluciones judiciales, como declarativas de la incapacidad de las personas, tenían doble vía, la inscripción cuando se declaraba tal estado por sentencia firme, de conformidad con el número 4 del artículo 2, y la anotación preventiva de la demanda presentada con objeto de obtener alguna de aquellas resoluciones, de acuerdo con el número 5 del artículo 42 de la propia Ley, que tenía la finalidad, como toda anotación de demanda, de adelantar los efectos de la sentencia que en su día recayera y asegurar su cumplimiento en las mismas condiciones que al comienzo del proceso.

Esta doble vía era la que la doctrina estimaba aplicable en la suspensión de pagos, concurso o quiebra y la que se entendía que presupone el artículo 142 del Reglamento Hipotecario, y por ello algunos autores, al examinar esta cuestión, hablan de la anotación de la solicitud de suspensión de pagos, concurso o quiebra (cuando se tenga por solicitada) y de su inscripción cuando se declare al deudor en tal situación en virtud de auto o sentencia firme.

Sin embargo, los supuestos de suspensión de pagos, concurso y quiebra se adaptan mal a ese mecanismo de anotación preventiva de la demanda y de inscripción de la resolución declaratoria, puesto que, sobre todo en la suspensión de pagos, no puede equipararse la solicitud que inicia el procedimiento con la demanda, ni el auto declarando al solicitante en tal estado con una sentencia. Tampoco aparece clara la postura de establecer la anotación preventiva o la inscripción, según que no sea firme la resolución declarando tal estado o que tenga firmeza, como hace el Anteproyecto de la Ley Concursal en su artículo 129.

La falta de equiparación de este supuesto con el de anotación preventiva de demanda de incapacidad se ratifica teniendo en cuenta que en ella, como ocurre en la anotación de demanda en general, sus efectos están basados en una situación dudosa y no probada y por ello no priva al presunto incapaz de la posibilidad de realizar las actuaciones normales de cualquier sujeto de derecho, aunque con la amenaza de resolución si la incapacidad anotada llegare a ser estimada por el Tribunal; mientras que en la anotación de la suspensión de pagos —y con mayor razón en la quiebra y concurso— la mera anotación hace surgir el carácter de incapacitados de los incursos en alguna de ellas como si se hubiera dictado ya la resolución definitiva, por lo que debe afirmarse que la analogía de los efectos de estas anotaciones de suspensión de pagos, quiebra o concurso se inclinarían más a los de inscripciones de incapacidad que a los de anotación de demanda, aparte de que en estos casos no se anota la demanda, sino la resolución judicial admitiendo la solicitud.

La inscripción de las resoluciones judiciales declarando la incapacidad legal de las personas y la anotación de la demanda propuesta con la intención de obtener alguna de dichas resoluciones, ha sido objeto de una crítica adversa llegando a decir HERMIDA (13) que esas inscripciones han tenido una literatura jurídica no ya mala, sino pésima, y ello desde la propia discusión parlamentaria de la Ley Hipotecaria de 1861.

En la mentalidad de los autores de la época de la primera Ley Hipotecaria esas inscripciones y anotaciones resultaban anómalas en un Registro que era de derechos o de fincas, pero no de personas, y por ello fueron objeto de crítica adversa desde su origen, no obstante ser los redactores de aquella Ley conscientes de esa actitud, y tratar de justificar en la Exposición de Motivos de la Ley (14) la procedencia de esa constancia registral

---

(13) Mariano HERMIDA LINARES: *Problemas fundamentales de Derecho Inmobiliario Registral*. Publicación del Colegio de Registradores, 1973, pág. 61.

(14) *Leyes hipotecarias y registrales de España*. Publicación del Colegio de Registradores, 1984, pág. 243. Exposición de Motivos Ley Hipotecaria 1861, que dice: "Después de expresar en los términos que ha creído más a propósito los títulos, actos y contratos que deben sujetarse a la inscripción por ser traslativos de dominio o constitu-

no por su propia naturaleza, sino como un medio de facilitar la calificación del Registrador en relación con lo especialmente inscribible y como una garantía más de que no accederían al Registro los actos nulos o anulables por falta de capacidad de los otorgantes.

Por vía de ejemplo de esta radical oposición de la doctrina a la registración de las resoluciones judiciales de incapacidad, podemos citar a J. GONZÁLEZ (15) que decía "no es el Registro de Propiedad el órgano de la publicidad de estado civil, ni por la distribución de las oficinas, ni por razón de la materia, ni por los principios fundamentales, ni por la reglamentación de las inscripciones, ni por la forma de las mismas. Ningún autor discute en serio si las circunstancias modificativas de la capacidad civil han de recibir, para los efectos de la contratación sobre inmuebles, su eficacia jurídica de la inscripción y su determinación legítima de los datos del asiento. La simple necesidad de practicar cientos de inscripciones para obtener un resultado positivo, el aborto hipotecario del 'Libro de Incapacitados' y la imposibilidad de acoplar sus pronunciamientos a los cánones del sistema, serían razones para impugnar todo lo establecido, si la práctica no hubiera seguido el buen camino, resolviendo los problemas con criterios más jurídicos. No cabe duda que los actos de un incapacitado podrán resolverse por el artículo 33 de la Ley Hipotecaria".

La autoridad de este autor y la contundencia de una postura, expuesta con gran detalle y reiteración y de la que hemos ofrecido una muestra, sin duda que influyó en los tratadistas posteriores que, con casi total unanimidad, arremeten contra la inscripción de esas resoluciones, y así CAMPUZANO (16) dice que cada vez parecen más aceptables las razones que se alegan para excluir del Registro esta clase de ejecutorias, o ROCA SASTRE (17) para el que existe una razón práctica, pero no científica, para

---

tivos de un derecho real, ha añadido la Comisión algunos otros documentos cuya inscripción ha considerado no menos necesaria. A esta clase corresponden, ante todo, las ejecutorias de los Tribunales en que se declara la incapacidad legal para administrar, o la presunción de muerte de personas ausentes, o se impone la pena de interdicción o cualquiera otra por la que se modifique la capacidad legal en cuanto a la libre disposición de sus bienes. Esta prescripción es nueva en nuestras leyes, aunque aceptada ya en el proyecto de Código Civil; pero su simple enunciación la justifica. Para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes inmuebles afectos a otras cargas; es, además, necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la Ley no atendiera, pues, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido".

(15) Jerónimo GONZÁLEZ: *Principios hipotecarios*, pág. 47.

(16) CAMPUZANO: *Contestaciones a Registros*, pág. 347.

(17) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo III, pág. 311.

el acceso al Registro de esas resoluciones, estimando teóricamente indefendible el sistema en cuanto a las incapacidades que, en sí mismas consideradas, son algo extrahipotecario, GIMÉNEZ ARNÁU (18), para quien el lugar adecuado de hacer constar públicamente las circunstancias modificativas de la capacidad de las personas es el Registro Civil, o CAMY (19), que llega a decir que es tan absurdo y tan incongruente con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico el número 4 del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, que casi hay que leerlo dos veces antes de aplicarlo para creer en su existencia, aunque la justifica en el hecho de que al aparecer la Ley Hipotecaria de 1861 no existiera el Registro Civil, sino sólo los parroquiales, aludiendo también a la absurda creación del Libro de Incapacitados, y que por ello se hacía preciso que figurara pública constancia de las facultades dispositivas, pero aparecido el Registro Civil entiende que no era necesario mantener la norma de la Ley Hipotecaria.

Ciertamente que salvo CASO (20), para el que aún cuando sea deficiente el sistema de la Ley puede alejar muchos peligros para la seguridad del tráfico, y el antes citado HERMIDA (21), que defiende la inscripción de esas resoluciones, la constancia registral de las mismas ha sido vituperada por la doctrina y, por tanto, también se ha mostrado contraria a la inscripción o anotación de la suspensión de pagos por lo antes dicho, y además por la razón de fondo de estimar que no entraña ninguna incapacidad.

En materia de quiebra, y no olvidemos que la suspensión de pagos se configuraba como una de las clases o modalidades de la quiebra y que incluso en la actualidad puede sustentarse esta postura, ya que pueden aplicarse a ella normas específicas de ésta, existen dos sistemas para configurar la modificación patrimonial y personal del quebrado: el de la limitación real, según el cual para garantizar los intereses de los acreedores se impone al deudor una prohibición de disponer de sus bienes, y el de acudir a la fórmula de inhabilitación personal en el que, además de dicha prohibición, se priva al deudor de su capacidad.

Se ha dicho, y es verdad, que en el Código de Comercio vigente se opta por la segunda de las soluciones en su artículo 878, según el cual “declarada la quiebra el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes. Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan a efectos de la quiebra serán nulos”.

Esta inhabilitación se equipara a la interdicción y, por tanto, a la incapacidad, y el artículo 922 del propio Código al decir que “con la

---

(18) GIMÉNEZ ARNAU: *Tratado de legislación hipotecaria*, tomo I, pág. 148.

(19) CAMY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo I, pág. 472.

(20) CASO: *Derecho Hipotecario*, 3.ª edición, pág. 370

(21) HERMIDA: *Ob. cit.*, págs. 114 y sigs.

rehabilitación del quebrado cesarán todas las interdicciones legales que produce la declaración de quiebra” abona esta interpretación, que se mantenía en el artículo 13 del mismo Código al considerar incapaces para ejercer el comercio a los sentenciados a pena de interdicción civil (22) y a los quebrados.

En este sentido ya decía DE CASTRO (23) que el comerciante declarado en quiebra, aun no siendo culpable, se encontraba en nuestro derecho en una situación jurídica parecida a la del condenado a interdicción civil, pues se detenía al quebrado y se le ocupaban todos sus bienes.

Se produce una circunstancia que lejos de aclarar oscurece la naturaleza y alcance de esa inhabilitación, y es la del carácter público que en el pasado tuvo la quiebra y que todavía conserva en parte como se resalta, entre otras, en Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1950 y 30 de noviembre de 1955, y que también se da en la suspensión de pagos, como se desprende de la intervención en este procedimiento del Ministerio Fiscal, y a ese carácter de pena, de orden público, hay que atribuir esa inhabilitación, a modo de la derogada interdicción que, en último término, nos lleva a la cesión de bienes a los acreedores, a la prisión por deudas del deudor y, en el antiguo Derecho romano, hasta la *Lex poetelia*, a la facultad de aprehender al deudor y venderlo *trans Tiberim* (con lo que perdía el *status* de persona) o incluso matarlo; prisión por deudas que llega hasta el siglo XIX, y aun en el artículo 1.920 del proyecto de Código Civil de 1851 se decía que el “que contrae obligación personal tiene que cumplirla con todos sus bienes habidos y por haber” y en el 1.806 se conservaba la prisión por deudas, si bien solamente para determinadas obligaciones, quedando ésta, posteriormente, para los casos de conducta delictiva, en los que no basta con no pagar, sino que además tiene que haber quiebra fraudulenta o alzamiento de bienes, etc.

En este conglomerado de disposiciones mercantiles y penales la naturaleza de la incapacidad del quebrado no se amoldaba a los conceptos clásicos de las demás, poniéndose de manifiesto por la doctrina que no dejaba de ser extraño que esa incapacidad no apareciera relacionada en el artículo 32 del Código Civil, en la redacción anterior a su reforma por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, ni en el 1.263 del mismo cuerpo legal, como tampoco en el artículo 2, número 4, de la Ley Hipotecaria, tanto de 1861 como posteriores.

Se ha dicho que en el concurso de acreedores resulta clara la incapacidad, toda vez que el propio Código Civil en su artículo 1.914 dice que la

---

(22) Actualmente la Ley 6/1984, de 31 de marzo, ha suprimido las referencias a la interdicción civil en los textos legales, entre ellos el citado.

(23) Federico de CASTRO Y BRAVO: *Tratado de Derecho Civil*, 1972, tomo II, págs. 363 y sigs.

declaración del concurso “incapacita” al concursado para la administración de sus bienes, y el 1.161 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que “el auto en que se acceda a la declaración del concurso se notificará inmediatamente al concursado, al cual quedará en su virtud incapacitado para la administración de sus bienes”, y que para la quiebra también esto se deduce del artículo 878 del Código de Comercio antes referido.

Pero lo cierto es que tanto en el concurso como en la quiebra existe algo más o distinto de la incapacidad propiamente dicha. El alcance de la restricción de la capacidad del concursado o quebrado dice el propio DE CASTRO (24) no es, sin embargo, exactamente el de una incapacidad para administrar el propio patrimonio, sino que es en parte menor y en parte mayor.

En el concurso se procede a la ocupación de los bienes del concursado, desposeyéndole de los mismos, ya que, como dice el artículo 1.173 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “en el mismo auto en que se haga la declaración del concurso se dictarán las disposiciones siguientes: 1.<sup>a</sup> El embargo y depósitos de todos los bienes del deudor. 2.<sup>a</sup> El nombramiento de depositario. Posteriormente se entregarán los bienes a los Síndicos por inventario (art. 1.228 de la misma Ley Procesal).

En el procedimiento de quiebra se produce esa misma desposesión de los bienes del deudor, y así se deduce de los artículos 1.044 y siguientes del Código de Comercio de 1829 que dispone la ocupación judicial de todas las pertenencias del quebrado y el nombramiento del depositario; y del 1.046, 5.º, que previene que los bienes raíces se pondrán bajo la administración interina del depositario, todo ello con arreglo a lo dispuesto por el 1.334 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual el Comisario procederá a la ocupación de los bienes y papeles de la quiebra, su inventario y depósito conforme a lo prevenido en los artículos citados del Código de Comercio de 1829.

Sin perjuicio de que más adelante deduzcamos consecuencias de estas peculiares incapacidades, y dejando ya constancia de algunas, como la que se deduce para el concurso de acreedores de los artículos 1.173, 1.º, 1.174 y 1.175, 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que disponen la anotación preventiva de embargo en el concurso, es lo cierto que el concursado o quebrado, más que estar en situación de incapacidad, lo que ocurre es que es desposeído de sus bienes, eliminándolo de la administración de los mismos y colocando su patrimonio en liquidación, dando lugar a una especie de secuestro judicial y o prohibición de enajenar esos bienes.

Ahora bien, esa situación, que se da en la quiebra y en el concurso y que, en un sentido amplio, permite hablar de incapacidad de los deudores

---

(24) *Ob. cit.*, pág. 364.

que sean declarados en tal estado, no es aceptada en general respecto de la suspensión de pagos, ya que no cabe hablar en tal caso de incapacidad ni tampoco de prohibición de disponer de los bienes.

Se parte de la afirmación, verdadera en parte, de que la suspensión de pagos no afecta a la capacidad del suspenso, aunque su situación patrimonial quede modificada por la intervención judicial de todas sus operaciones que ha de acordar el Juez en la providencia admitiendo la solicitud de la declaración de la suspensión de pagos, según el artículo 4 de la Ley de 26 de julio de 1922.

Se dice, asimismo, que la situación del deudor en suspensión de pagos es intermedia entre la libre disponibilidad de quien no se encuentra en ese estado y la inhabilitación patrimonial propia de la quiebra, conservando la administración y gerencia de los negocios, aunque el interés del deudor, para el que la suspensión de pagos es un beneficio que la Ley le otorga para llegar a un convenio con sus acreedores y evitar la liquidación —que es el fin primordial del procedimiento—, obliga a imponerle ciertas limitaciones en forma de prohibición de disponer él solo de sus bienes, como medida de cautela o seguridad.

La doctrina en general se inclina por estimar que en la suspensión no se puede hablar de incapacidad, y que es criticable que la legislación equipare la suspensión y la quiebra en orden al tratamiento de su publicidad registral.

La situación del suspenso está regulada en los artículos 5 y 6 de la Ley de Suspensión de Pagos.

Dice el artículo 5 que:

“Corresponderá a los Interventores en los expedientes de suspensión de pagos:

1.º Inspeccionar los libros del suspenso, y hacer que, después de la nota de presentación mencionada en el artículo 3.º, se consigne en ellos en legal forma cuantas operaciones se realicen.

2.º Intervenir todas las operaciones que el suspenso pueda hacer con arreglo a la Ley, exigiendo que diariamente verifique el balance de la caja.

3.º Informar el Juez de cuanto importante ocurra respecto al suspenso y sus negocios para las resoluciones que procedan en defensa o protección de los intereses de los acreedores.

4.º Informar el Juez acerca de la procedencia de las reclamaciones que el suspenso pretenda entablar en defensa o reclamación de sus derechos ante terceros.

Corresponderá, asimismo, a los interventores proponer el ejercicio de las acciones convenientes al interés del patrimonio del suspenso, bien a

iniciativa propia o de cualquier acreedor, pudiendo, mediante autorización del Juez, ejecutarlas por sí mismo si así lo demandase el interés de la masa.”

El artículo 6 de la misma dispone:

“Hasta que la propuesta de convenio obtenga la aprobación de los acreedores en cualquiera de las formas señaladas en los artículos 14 y 18 de esta Ley, el comerciante suspenso conservará la administración de sus bienes y gerencia de sus negocios, con las limitaciones que en cada caso fije el Juzgado, previo informe especial que sobre este punto emitirán los interventores, pudiendo tomar las medidas precautorias y de seguridad convenientes, y llegar hasta la suspensión y sustitución del comerciante, Gerente o Consejo de Administración. Mientras no se provea sobre este extremo, el suspenso ajustará sus operaciones a las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> Verificará, con el concurso de los interventores, todo cobro que hubiere que hacer, cualquiera que fuese su cuantía y procedencia, así como cualquier operación de aceptación, endoso o protesto de efectos comerciales.

2.<sup>a</sup> Necesitará, asimismo, el acuerdo de los interventores para toda obligación que pretenda contraer y para celebrar todo contrato o verificar todo pago.

3.<sup>a</sup> Continuará, también con acuerdo de los interventores, las operaciones ordinarias de su tráfico, pudiendo proceder a la venta de los bienes, géneros o mercancías que sea necesario enajenar por mutua conveniencia de los interesados o por resultar la conservación imposible, perjudicial o costosa.

El suspenso que practicare cualesquiera de las operaciones indicadas en este artículo sin el concurso o adecuado de los interventores, o verificase cualquier pago sin la autorización expresa del Juez, antes de que los interventores tomen posesión de su cargo, incurrirá en la responsabilidad definida en el artículo 548 del Código Penal, y los actos y contratos que realice serán nulos e ineficaces.

Si alguno de los interventores disintiese del parecer de sus compañeros, prevalecerá la opinión de la mayoría. Si por la naturaleza de la decisión no se produjese ésta, resolverá el Juez”.

De lo transcrito no queda claro si estamos en presencia de una especial incapacidad del comerciante en suspensión de pagos, cuya amplitud se fijará por el Juez en el auto a que se refiere el artículo 8 de la propia Ley, o de una limitación o prohibición de disponer sin el concurso, participa-

ción y acuerdo de los Interventores o del Juez, y esta imprecisión ha ocasionado, según veíamos en la evolución legislativa, vacilaciones en las normas y discusiones en la doctrina y en la jurisprudencia. Pero la diferencia en este aspecto con la quiebra no es absoluta y es más aparente que real:

1. Porque la suspensión de pagos ha sido, en su evolución histórica, una de las clases de la quiebra, a la que, por cierto, el Código de Comercio de 1829 aplica también las normas de desposesión de los bienes del deudor y nombramiento de depositario e incluso el arresto del quebrado, según resulta de los artículos 1.002, 1.003 y 1.004 del mismo.

2. Porque en la Ley de Suspensión de Pagos se contempla la posibilidad, según el artículo 6 de la misma, en determinados casos, de “llegar hasta la suspensión y sustitución del comerciante, Gerente o Consejo de Administración”, con lo que se produciría esa desposesión que veíamos en el concurso y en la quiebra.

3. Porque la suspensión de pagos puede desembocar en la quiebra cuando se declare la insolvencia definitiva, ya que entonces se aplicarán las normas del Código de Comercio —arts. 879 al 882 sobre retroacción— y además los artículos 1.366 y 1.377 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, atribuyendo a los Interventores de la suspensión de pagos las mismas facultades que a los Síndicos y Comisario de la quiebra le atribuyen esos artículos de la Ley Procesal.

4. Porque en la suspensión de pagos —según el art. 5, último párrafo— corresponde a los Interventores proponer el ejercicio de acciones convenientes al interés del patrimonio del suspenso, bien a iniciativa propia o de cualquier otro acreedor, pudiendo, mediante autorización del Juez, ejercitarlas por sí mismos.

5. Porque en la propia quiebra hemos visto cómo se llegaba a la conclusión de que tampoco se estaba en presencia de una incapacidad típica.

Así pues, existen casos en la suspensión de pagos en los que se provoca un cambio de los efectos de la misma respecto de la situación patrimonial del suspenso, que normalmente mantiene la facultad de administrar y de disponer de sus bienes y la gerencia de su negocio, y, por tanto, no cabe hablar de incapacidad sino más bien de limitaciones en sus facultades de administración y dispositivas o en el ejercicio de acciones, pero existen otros en los que pierde esas facultades que han de ser ejercitadas por los Interventores o por el administrador que el Juez designe.

De los artículos 5 y 6 de la Ley de Suspensión de Pagos se deducen diversos grados en la situación del suspenso que hacen que esté más o menos cerca de la situación del quebrado.

Resulta, pues, que caso de tratarse de un supuesto de incapacidad, existiría una gama de efectos entre la que pudiéramos llamar completa, cuando se llegue a la suspensión y sustitución del comerciante, Gerente o Consejo de Administración, y la atenuada en la que basta la concurrencia de los Interventores en los actos del suspenso que, en este caso, quedaría en una situación similar a la del emancipado, que para algunos negocios jurídicos necesita el consentimiento de otras personas, si bien el suspenso precisa dicha concurrencia en muchos más supuestos que el emancipado, y todo ello pasando por otras posibles situaciones intermedias según sean las medidas precautorias y de seguridad o las limitaciones que, en cada caso, el Juez estime conveniente adoptar.

Otra de las construcciones jurídicas que se han atribuido al supuesto que nos ocupa es, según hemos visto y examinaremos después, la de prohibición de disponer, apareciendo en ella la situación de los bienes del suspenso con una limitación al ejercicio de una de las más típicas facultades del dominio y de los derechos reales, o sea, como una limitación de carácter objetivo, es decir, que afecta al derecho mismo con independencia de su titular, siendo ajenas al concepto de prohibición de disponer las limitaciones impuestas a las personas para la libre disposición de sus bienes en atención a sus condiciones o circunstancias personales de situación o estado, y ello porque precisamente estos supuestos son los que encajan en el concepto de incapacidad.

La distinción entre capacidad y facultad de disponer ha sido confusa tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, confusión, que, en el caso que nos ocupa, ha trascendido de alguna manera a los textos normativos, y consecuencia de ello se ha llegado a considerar la prohibición de disponer como un supuesto de incapacidad, por ejemplo en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 7 de julio de 1900. Esta resolución, examinando el supuesto de prohibición de disponer decretada judicialmente por rebeldía del demandado, al amparo del artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declaró que tal anotación de prohibición de disponer no impide que se anote un embargo porque no se refiere, a diferencia del caso contemplado en la Resolución de 7 de marzo de 1893, a ningún acto voluntario del declarado rebelde, sino al cumplimiento de una providencia judicial dictada a instancia de otro interesado, y porque la anotación preventiva de prohibición de enajenar no es otra cosa que una incapacidad impuesta al declarado rebelde para que no pueda ejecutar voluntariamente ningún acto de disposición de sus bienes, sosteniendo análoga doctrina, aunque no de forma tan clara, la Resolución de 7 de enero de 1928, si bien otras resoluciones, como la de 19 de julio de 1922 y la Sentencia de 7 de febrero de 1942, indicaron que esta anotación de prohibición de disponer no implica declaración alguna de incapacidad.

Asimismo, la Resolución de 18 de abril de 1952, en relación al deudor hipotecario afecto a una prohibición temporal de vender, distingue entre la capacidad del mismo y su poder de disposición.

La Resolución de 14 de junio de 1973, al declarar que se pueden inscribir los actos verificados antes de producirse el estado de suspensión, pero que acuden al Registro una vez practicada la anotación de suspensión, declaró que esto se produce tanto si se estima, cuestión muy debatida, que se trata de una incapacidad y se aplica el artículo 142 del Reglamento Hipotecario al ser válidos los actos realizados antes de la fecha en que surte efectos hipotecarios la declaración de incapacidad como si se considera que se está ante una prohibición de disponer, pues, en virtud del artículo 145 del mismo Reglamento, las anotaciones de este tipo no son obstáculo para que se practiquen las inscripciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de esta anotación.

En el proyecto de Ley de Suspensión de Pagos enviado a las Cortes el 20 de marzo de 1922, que fue el inmediato anterior al que después fue Ley, se decía que “en el escrito inicial del procedimiento comerciante se declarará sabedor de que mientras dure la sustanciación de manera alguna, bajo pena de nulidad, podrá enajenar ni gravar los bienes inmuebles que posea, ni hacer contrato, operación, entrega, cobro, ni pago, sin la intervención prevenida en el artículo siguiente”, viniendo a configurarse así como una especie de incapacidad o de prohibición autodeclarada.

Actualmente la doctrina distingue con precisión ambos conceptos, tanto por el carácter, que es subjetivo en la incapacidad, bien sea ésta natural, como, por ejemplo, la edad o la demencia, o meramente jurídica como ocurre en la prodigalidad; y objetivo en la prohibición de disponer, en cuanto se refiere al derecho y no a la persona; como por el fin, ya que mientras la incapacidad tiende a proteger al propio incapacitado, en la prohibición de disponer la finalidad es proteger intereses ajenos.

También se diferencian por sus efectos, en cuanto la incapacidad priva al sujeto que la sufre de la facultad de disponer de sus bienes o de administrar los que le pertenezcan pero sin que ello afecte a los derechos, que seguirán siendo transmisibles y susceptibles de disposición por quien esté legitimado para ello, mientras que la prohibición de disponer, al ser objetiva, no afecta la capacidad del sujeto y no hay desplazamiento alguno de las facultades decisorias, que las sigue conservando el titular, pero no las puede ejercitar respecto de los bienes o derechos que estén afectados por la prohibición.

Finalmente, digamos que también se distinguen por la extensión, ya que mientras las incapacidades suelen ser generales, de modo que afectan a las facultades de decisión respecto de los todos los bienes y derechos del incapaz, las prohibiciones de disponer son o suelen ser relativas, con

referencia a derechos concretos, aunque es lo cierto que existen supuestos de incapacidad limitada como la del pródigo, e incluso la del loco o del sordomudo, que pueden ser objeto de graduación, máxime si tenemos en cuenta los supuestos de curatela contemplados en los artículos 286 y siguientes del Código Civil, y prohibiciones de disponer de carácter general como son las ordenadas por la autoridad judicial que alcance a todos los bienes de una persona, como sería precisamente la del suspenso.

Lo que ocurre es que mientras aparece clara la distinción entre la incapacidad natural o civil y la prohibición de disponer de carácter objetivo, existe una zona intermedia de perfiles confusos integrada por las que se han llamado prohibiciones subjetivas de disponer que define SANZ (25) diciendo que son limitaciones o exclusiones de la facultad dispositiva impuestas por las leyes al sujeto de la relación jurídica, con independencia de la capacidad de obrar, pero establecidas precisamente en vista de su posición como sujeto de derechos patrimoniales por diversas causas: estado familiar, situación económica, etc. Dentro de este concepto sitúa el autor citado las prohibiciones de disponer impuestas a los cónyuges y en la quiebra y en el concurso...

#### B) ACCESO REGISTRAL DE ESAS RESOLUCIONES POR EL CAUCE DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Es el que siguió el Reglamento Hipotecario de 1915 en su artículo 105, al establecer que “también procederá la anotación preventiva de que trata el caso 4.º del artículo 42 de la Ley cuando se declare a algún deudor en concurso o quiebra, previo los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, siendo destacable:

1. Que el número 4 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria se refiere a las demandas, en juicio ordinario, en las que exigiéndose el cumplimiento de cualquier obligación se obtuviera providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles.

2. Que a los supuestos de concurso y de quiebra se les da el mismo tratamiento que si se tratara de demandas en juicio ordinario.

3. Que lo que se declara anotable es la resolución judicial que declare al deudor en concurso o quiebra, no la solicitud de que se le declare tal estado.

---

(25) Angel SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Reus, 1955, tomo II, pág. 459.

4. Que quedaba abierta la posibilidad de la constancia registral de esas resoluciones por la vía de la declaración de incapacidad.

Se ha criticado por la doctrina este doble cauce del acceso al Registro de dichas resoluciones judiciales, y así, por ejemplo, OLIVENCIA (26) dice que, no obstante, la doctrina siguió considerando comprendidas, entre las ejecutorias de incapacidad a que se referían el número 4.º del artículo 2.º de la Ley de 1909, las declaraciones de quiebra o concurso. Tal opinión resulta, a nuestro modo de ver, errónea. Ningún sentido tiene que la solicitud de la quiebra pudiera anotarse preventivamente al amparo del número 5.º del artículo 42 y que la resolución judicial que la declara pudiera inscribirse al amparo del número 4.º del artículo 2.º de la misma Ley y 19 de su Reglamento cuando, de una manera expresa, el Reglamento establecía la asimilación, a efectos registrales, de la declaración de quiebra con el secuestro o la prohibición de enajenar. Sería absurdo que la declaración de quiebra pudiera tener acceso al Registro por dos vías diferentes y de modo simultáneo. Si de manera expresa el Reglamento señala el cauce de la anotación preventiva del artículo 42.4.º, no puede mantenerse que esa misma declaración resultara inscribible con arreglo al artículo 19 del Reglamento.

En definitiva, si de modo terminante se asimila la situación del quebrado a la del que había sufrido una prohibición de disponer, quiere decir que quedaba excluida toda posible equiparación a las situaciones de incapacidad. Máxime cuando la misma doctrina que refuta considera, a su juicio con acierto, que la prohibición de enajenar no implica la incapacidad de esa persona para disponer, sino que, al contrario, da por supuesta su capacidad. Por ello, añade, la Ley concede en tal caso sólo una anotación preventiva, porque se trata de hacer posible en su día la resolución que recaiga. La anotación tiene, por tanto, un carácter transitorio y provisional.

No estamos de acuerdo con esa postura de OLIVENCIA, porque el artículo 105 del Reglamento Hipotecario de 1915 no excluye la registración de las resoluciones judiciales, admitiendo la solicitud de concurso de acreedores y quiebra y, dentro de ésta, de la suspensión de pagos, ni tampoco la de la resolución que declare al deudor en algunos de esos estados, sino que únicamente contempla el supuesto de que en esos procedimientos el Juez pueda dictar resolución o providencia en la que de un modo concreto decrete el secuestro judicial o imponga la prohibición de disponer de todos o de alguno de los bienes del deudor como un refuerzo de aquella registración de incapacidad.

---

(26) OLIVENCIA: *Ob. cit.*, pág. 66.

En tal sentido, dice LA RICA (27) al comentar el artículo 142 del Reglamento Hipotecario vigente, que lo dispuesto en este artículo no significa que la autoridad judicial no pueda decretar en el correspondiente mandamiento la prohibición de enajenar, precisamente por la incapacidad del suspenso, concursado o quebrado; la particularidad de las anotaciones en estos casos de quiebra consiste en que su potencia para cerrar el Registro es mucho más enérgica que en los demás casos, haciendo referencia el autor a la Resolución de la Dirección General de los Registros de 7 de junio de 1920 que impidió el acceso al Registro no ya de los actos efectuados por el quebrado con posterioridad a la anotación, sino también de los posteriores a la fecha de la retroacción de la quiebra, si bien ha de tenerse en cuenta, en relación con la doctrina de esa resolución, que se dictó estando vigente el artículo 105 del Reglamento Hipotecario de 1915, que, como hemos visto, configuraba el supuesto como prohibición de disponer.

Tratándose de prohibición de disponer, también existe la doble vía de su acceso al Registro mediante inscripción, a la que se refiere el artículo 26 de la Ley Hipotecaria y que tiene su apoyo en el artículo 2.º de la misma Ley, y el de la anotación al amparo del número 4.º del artículo 42 de la misma.

En la suspensión de pagos, dentro de la clasificación clásica de las prohibiciones de disponer en legales, judiciales y voluntarias, el supuesto estaría encuadrado dentro de las judiciales.

Independientemente de lo expresado, damos aquí por reproducido el contenido del apartado A) precedente en lo relativo a las analogías y diferencias entre incapacidad y prohibición de disponer.

C) ACCESO REGISTRAL DE ESAS RESOLUCIONES EN VIRTUD DE LAS DISPOSICIONES QUE DECRETAN LA PUBLICIDAD DE LAS MISMAS, PERO SIN PRONUNCIARSE SOBRE SU NATURALEZA NI EXPRESAR CAUCE ALGUNO

En esta línea está el Reglamento Mercantil de 1919, que no obstante tener el precedente del Reglamento Hipotecario de 1915 estableció la inscripción de la declaración de suspensión de pagos o de la quiebra, pero sin expresar si se trataba de una incapacidad, de una prohibición de disponer o de otra figura, limitándose a disponer su publicidad registral.

También se encuentra en esta línea el artículo 4.º de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de abril de 1922, que ordena esa publicidad, pero sin pronunciarse sobre la naturaleza de la resolución correspondiente.

---

(27) Ramón de la RICA Y ARENAL: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario. Innovaciones*. Publicación del Colegio de Registradores, 1948, primera parte, pág. 124.

A pesar de la referencia expresa que el artículo 83 del Reglamento del Registro Mercantil actualmente vigente hace al número 2 de la Ley Hipotecaria, a nuestro juicio también puede estimarse comprendido en este grupo, aun cuando su referencia final a la interdicción civil (actualmente sin valor al ser suprimida esta causa de incapacidad por la Ley 6/1984, de 31 de marzo) haga pensar que el precepto está pensando en la incapacidad; pero es lo cierto que no lo dice, ya que no se remite al número 4 del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, sino al artículo 2 genéricamente, y en él tienen su apoyo tanto la incapacidad como el secuestro y la prohibición de disponer.

Se ha criticado mucho por la doctrina esa referencia del Reglamento del Registro Mercantil al artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, por entender que debía haberse remitido al número 5 del artículo 42 de la Ley (en armonía con el 142 del vigente Reglamento Hipotecario) o haberlo hecho al número 4 de dicho artículo. No han faltado tampoco quienes, como OLIVENCIA (28), estiman impropia esa referencia o llamada a normas hipotecarias; pero realmente es preciso concluir que el Reglamento del Registro Mercantil hizo esa referencia genérica sin otra finalidad, según creemos, que la de no pronunciarse sobre si se trataba de un supuesto de incapacidad o de prohibición de disponer, es decir, para no optar entre lo que decía el artículo 105 del Reglamento Hipotecario de 1915 y el 142 de 1947 y sin que a la remisión a normas hipotecarias deba dársele otro alcance, máxime cuando en la disposición adicional 4.ª del Reglamento del Registro Mercantil se dice que en lo no previsto en el mismo serán aplicables, como supletorias, las disposiciones del vigente Reglamento Hipotecario.

Lo que sí ocurre es que se nota aquí otro motivo de diferencia entre el Registro de la Propiedad y el Mercantil y que, indudablemente, el haber configurado éste a imagen y semejanza de aquél provoca dificultades y problemas en cuanto que ese error inicial, al decir de GARRIGUES (29), lleva a transportar al Registro Mercantil las mismas disposiciones del Registro Hipotecario sobre libro de presentación de documentos, anotaciones preventivas, notas marginales, calificación del Registrador, recursos, etc., aunque entre ambos no existe razón alguna de analogía, salvo el dato común de ser instrumento de publicidad que arranca de la diversidad de objeto de la inscripción, pues mientras en el Registro Mercantil se inscriben personas y hechos, en el de la Propiedad se inscriben cosas y derechos reales; y mientras en aquél se sigue el folio personal, en éste se

---

(28) OLIVENCIA: *Ob. cit.*, págs. 35 y sigs.

(29) Joaquín GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 6.ª edición, pág. 628

adopta el real. Las mismas anotaciones preventivas pierden en el Registro Mercantil su significación propia de asegurar una acción personal que tiende a la inscripción o cancelación de un derecho, pudiendo concluirse que en el Registro Mercantil, en rigor, puesto que se inscriben personas y hechos, no cabe hablar de anotaciones preventivas.

De todas formas, en el Registro Mercantil aparece más clara la constancia de esas situaciones de pagos y quiebras, por la propia naturaleza de este Registro, al ser fundamentalmente de personas y sus incidencias, y abstracción hecha si se trata de supuestos de incapacidad, que no sería en ningún caso aplicable a las personas jurídicas, o de prohibición de disponer, sino de la simple publicidad de un hecho, el estado de suspensión de pagos o de la quiebra del comerciante, individual o social, ya que, además, los efectos de esa publicidad no entrañan, en el Registro Mercantil, los mismos problemas que se derivan de su constancia en el de la Propiedad, y en aquél las cuestiones relativas a la eficacia frente a tercero —publicidad material— del contenido de los asientos tiene un enfoque y unas repercusiones distintas que en éste.

Después de cuanto llevamos dicho llegamos a la conclusión de que todas las discusiones y diferencias de opinión respecto a la naturaleza jurídica de la modificación jurídico patrimonial que la suspensión de pagos representa para el comerciante que se encuentre en esa situación, y más concretamente si se trata de una situación de incapacidad o de prohibición de disponer y los diferentes criterios en orden a si debe admitirse la registración de las incapacidades, de sus efectos caso de inscribirse, o si solamente ha de hacerse cuando se trate de prohibiciones de enajenar y con los peculiares efectos de la constancia registral de éstas han contribuido a oscurecer un tema que podía estar claro por los siguientes motivos:

1. Porque la incapacidad solamente puede ser contemplada desde la perspectiva de las personas individuales y no de las jurídicas, no obstante ser éstas en la vida mercantil la mayoría de las afectadas por esas anormales situaciones.

2. Porque la incapacidad y aun prohibición de disponer, con sus peculiares efectos respecto de terceros en general, solamente se plantean respecto de bienes inmuebles y en relación con el Registro de la Propiedad.

El Registro se ha organizado partiendo de la premisa de que solamente debe tener por objeto los derechos reales, no los personales y menos las resoluciones referentes a la capacidad de las personas y, mucho menos, otras circunstancias; y de aquí la obsesión por aprisionar todas las figuras jurídicas, hechos o derechos que pretendan ingresar en ese Registro dentro de lo real para permitirle su entrada o de lo obligacional para negársela;

y por ello se ha llegado a decir por J. GONZÁLEZ (30), refiriéndose a los párrafos de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 que justificaba la inscripción de las resoluciones sobre capacidad, que “con este precedente la doctrina se ha orientado en el sentido de otorgar a la capacidad la categoría de derecho real y considerar protegido al adquirente que se fía de las declaraciones incompletas del Registro”.

3. Porque lo anterior, que en alguna manera podría admitirse para el Registro de la Propiedad, en ningún caso es aplicable al Registro Mercantil, que, como hemos repetido, es Registro de Personas en el que figuran éstas y los hechos más relevantes de su vida comercial que interesa conocer a los terceros que con ellas se relacionan.

4. Porque si resulta que el caso contemplado desde el punto de vista del Registro de la Propiedad no se aviene con la incapacidad, ni sus efectos, caso de ser registrada, son los peculiares de ésta, ni tampoco con el de la prohibición de disponer, y, por otra parte, su publicidad tampoco puede configurarse ni como una u otra en el Registro Mercantil, cabe pensar que no se trata de ninguno de los dos supuestos.

5. Porque como se ha dicho (31): “Es preciso superar la clásica distinción entre derechos reales y personales, hoy puesta en tela de juicio por la doctrina, y eliminar el principio, que nunca fue absolutamente cierto, de que en el Registro solamente se inscriben los derechos reales y que se excluyen de su ámbito los derechos personales, sustituyendo la anterior clasificación por la de situaciones registrables y no registrables relativas a inmuebles”.

La conexión *ob rem* no exige que las relaciones originen derechos reales, sino que se dirijan a la cosa, aunque sea mediante una prestación del sujeto pasivo. Unas veces pueden originar un derecho real y otras relaciones pueden constituir un *ius ad rem* o, incluso, un derecho personal. La dirección de una relación jurídica a una cosa influye o debe influir ya en el tratamiento jurídico de la relación. La inherencia de la cosa a la relación es un valor añadido a la dirección que convierte la relación en real o en situación jurídica de sujeción a la cosa. Pero entre la simple dirección y la plena inherencia hay grados que hacen discutible la tajante distinción de las relaciones en personales y reales, y más la afirmación de que solamente las últimas merezcan la protección registral.

Ha de ampliarse considerablemente el número de supuestos registrables: nuevas situaciones derivadas del urbanismo: por ejemplo, limitaciones legales de la propiedad urbanística, el volumen edificable, los planes

---

(30) Jerónimo GONZÁLEZ: *Estudios*, tomo I, pág. 386.

(31) *Ponencias y Comunicaciones II Congreso Internacional de Derecho Registral*, 1974, tomo I. “Certificación registral con reserva de prioridad”.

de urbanización, el destino de solares para determinado tipo de construcciones o zonas verdes, autorizaciones administrativas de edificación, urbanizaciones privadas, etc., están llamando al Registro e ingresando en él sin adaptarse a los viejos moldes de derecho real, sino como una necesidad de publicarlas, de exteriorizarlas, para que afecten a cualquier adquirente de la finca a que se refieran.

Derechos calificados de personales, como la promesa unilateral de venta o de contrato en general, y hasta en algunos casos los contratos en formación o el precontrato están exigiendo tener cabida en el Registro para, a través de su publicidad, ser eficaces frente a todos.

Decíamos antes que nunca fue absolutamente cierto que solamente los derechos reales tuvieran acceso al Registro, y en Derecho español, aunque tímidamente, y siguiendo las orientaciones aludidas, se va abriendo camino esta tendencia, y así son registrables derechos como el del retorno del inquilino, de naturaleza personal, o el de opción de compra, que aunque artificiosamente configurado como real es también un derecho de naturaleza personal; o simples informaciones como la registración del domicilio del titular registral, que fue admitida por la Resolución de la Dirección General de los Registros de 31 de enero de 1970, hoy de mayor relevancia dadas las limitaciones de transmitir derechos sobre el domicilio conyugal a que se refiere el artículo 1.320 del Código Civil.

6. Porque la legislación hipotecaria no resuelve ni prejuzga la cuestión. El Reglamento Hipotecario se muestra un tanto vacilante, debido a que no era misión suya fijar la naturaleza de estas situaciones, sino sólo regular su acceso al Registro y, en cierta manera, los efectos hipotecarios. Pero ninguno de sus preceptos puede servir de índice para resolver el problema sustantivo de la naturaleza de las limitaciones impuestas al suspenso, concursado o quebrado, ya que el alcance de aquéllos se reduce a dictar, como ordenanza registral, unas normas para indicar el cauce registral que permite el ingreso en el Registro de esas situaciones.

7. Porque lo que está fuera de duda es que las situaciones de concurso de acreedores, quiebra y suspensión de pagos, por la modificación que producen en el ámbito personal y patrimonial del concursado, quebrado o del suspenso, han de tener reflejo en los Registros de la Propiedad y Mercantil, y ello no sólo porque así lo establezcan algunos preceptos, como hemos visto, sino sobre todo porque unas situaciones con repercusiones patrimoniales de la importancia de las expuestas deben tener esa publicidad, ya que la sociedad en general está interesada en conocer si una determinada persona se encuentra en estado de suspensión de pagos o de quiebra, y de una manera especial interesa ese conocimiento a quien contrata con esa persona.

Como dice SOTILLO NAVARRO (32) refiriéndose a los principios del procedimiento de suspensión de pagos, que diferencia en generales y específicos, afirma que “entre los primeros señalamos, en primer lugar, la publicidad, principio en el que ha de apoyarse todo el procedimiento concursal, precisando por su propia dimensión —en lo económico y en el espacio— de esa caja de resonancia que es la publicidad”.

El Registro debe ser reflejo de la realidad para conocimiento de todos y proporcionar una publicidad que producirá los efectos derivados del sistema y de la especial naturaleza de lo publicado. De aquí la conveniencia e incluso la necesidad de que las resoluciones judiciales relativas al estado de suspensión de pagos deban tener acceso al mismo, ya que el Registro es un instrumento técnico de publicidad que la posibilita, con el fin de conseguir determinados efectos en el tráfico que, en general, van más allá de la publicidad noticia, sin que pueda afirmarse que sirva sólo a intereses privados de quienes se acogen a su protección, sino que sobre todo sirven al interés público hasta el punto de haber sido designado como institución o Registro de terceros.

Como dicen LACRUZ y SANCHO REBULLIDA (33) refiriéndose al Registro de la Propiedad, “los autores, para justificar la existencia del Registro, se sitúan generalmente en el punto de vista comercial de la seguridad del adquirente y en la consideración aislada de cada inmueble como objeto de tráfico. Con todo —siguen afirmando—, como dice LOCKER, el Registro, aunque de Derecho privado, tiene su principal razón de ser en el interés público al que sirven a través de los particulares, en el interés de la familia y del Estado, protegidos por una ordenación más clara y segura del tráfico y, en general, de los derechos privados sobre inmuebles”.

Por ello, ya el proyecto de Código Civil de 1851, como hemos visto, consideraba sujetas a inscripción en este Registro las sentencias en las que se declare una quiebra —la suspensión de pagos, según el Código de 1829, era una clase de quiebra— o se admita la cesión de bienes o se ordene su secuestro o expropiación, circunstancias todas ellas que afectaban a los bienes y a la libre transmisibilidad y, en consecuencia, a la seguridad del tráfico y garantía del crédito.

Refiriéndonos al Registro Mercantil, recordemos que éste tiene por objeto la publicidad de los comerciantes y que la Exposición de Motivos del Código de Comercio vigente se refiere al mismo como “un poderoso medio de publicidad que sirve de garantía suficiente a los terceros que se

---

(32) José Antonio SOTILLO NAVARRO: “Suspensiones de pagos”, en *Revista General de Derecho*, tomo XVI, enero-abril 1960, núms. 184-187, pág. 8.

(33) José Luis LACRUZ BERDEJO y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 1968, pág. 19.

hallen interesados en ciertos actos y operaciones mercantiles de trascendencia” y que, como dice la Resolución de la Dirección General de los Registros de 23 de diciembre de 1914, al crear el legislador el Registro Mercantil dándole carácter de institución de tercero, fue su intención establecer un poderoso medio de publicidad que sirviera de garantía suficiente para todos los que se interesan por las operaciones mercantiles; y desde ese punto de vista deben llevarse al mismo cuantos datos contribuyan a hacer clara y diáfana la vida comercial, facilitando la inscripción cuanto sea posible, dentro del margen legal, para que los terceros puedan apreciar en todo caso las condiciones en que gira la firma y las modificaciones que pueda haber sufrido.

Como dice OLIVENCIA (34), citando a RAMELLA, “la especial situación del comerciante, individual o social, sometido a procedimiento concursal, exigió desde siempre la movilización de medios publicitarios en interés de aquellos terceros que podían ver afectadas sus esferas jurídico patrimoniales”; y el mismo autor (35) dice que “como instrumento de publicidad para la vida mercantil que tiene por objeto facilitar al público ciertos datos importantes para el tráfico, este Registro resulta el medio más adecuado e idóneo para dar a conocer a los posibles terceros interesados las situaciones de anormalidad en que pueda encontrarse el comerciante”. Y el tratadista SAGRERA TIZÓN (36), refiriéndose al Registro Mercantil, dice que “como instrumento de publicidad para la vida mercantil, que tiene por objeto facilitar al público ciertos datos importantes para el tráfico, este Registro resulta el medio más adecuado e idóneo para dar a conocer a los posibles terceros interesados las situaciones de anormalidad en que puede encontrarse el comerciante. Por eso decíamos que las situaciones de quiebra o suspensión de pagos deben encontrar su reflejo natural en este Registro, que por su misión propia constituye el órgano de publicidad primordial dentro de la esfera mercantil. Como situaciones que son propias y exclusivas de los comerciantes, lógico es que encuentren su asiento adecuado en un Registro que es, ante todo, Registro de comerciantes”.

Desde el punto de vista del Registro Mercantil resulta más evidente la necesidad de publicar en el mismo la situación de la quiebra e incluso de la suspensión de pagos del comerciante en el folio personal abierto al mismo, dada la importancia de esa situación en relación al giro y tráfico de la empresa para que sea conocida por todos los que con él mantengan

---

(34) *Ob. cit.*, pág. 14.

(35) *Ob. cit.*, pág. 17.

(36) José M.<sup>a</sup> SAGRERA TIZÓN: *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Bosch, 1974, tomo I, pág. 371.

relaciones comerciales; pero también aparece en el Registro de la Propiedad la necesidad de dar a conocer esa especial situación en el folio real de cada uno de los inmuebles y derechos inscritos a nombre del mismo.

La trascendencia jurídico patrimonial de la situación de suspensión de pagos, con posibilidad incluso de aplicación de las normas de retroacción de la quiebra, impone, como hemos dicho, esta necesidad de constancia registral para que sea conocida por todos.

En el Derecho comparado el problema de la publicidad registral de la quiebra y suspensión de pagos ha merecido mayor atención que en el nuestro, y así (37) en el Derecho italiano se inscribe en el Registro de las empresas la sentencia declarativa de la quiebra, existiendo además un Registro público de quebrados; y también se inscriben la homologación del convenio, la sentencia de rehabilitación, la cancelación del nombre del quebrado, LA RESOLUCION QUE ABRE EL PROCEDIMIENTO DE CONCORDATO PREVENTIVO y la solicitud de administración controlada. En Francia está prevista la publicidad para las declaraciones que abren la quiebra o la liquidación judicial, y las que de alguna manera las modifican, así como las anotaciones de las resoluciones declarativas de la quiebra y de LOS ARREGLOS JUDICIALES, resolución o anulación del convenio y las operaciones por insuficiencia de activo. Y en Alemania se prevé la anotación en el Registro Mercantil de la declaración del concurso, terminación del procedimiento y de su reapertura, así como la APERTURA DEL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSION DE PAGOS.

En el Derecho comunitario cabe citar el proyecto sobre “quiebras, convenios y procedimientos análogos”. Con la palabra “quiebra” quiere designarse a todo procedimiento que, fundado en la cesación en los pagos, la insolvencia, el endeudamiento excesivo o en especiales dificultades crediticias implique una intervención de la autoridad judicial que tenga como consecuencia la suspensión de las ejecuciones individuales por los acreedores y la liquidación forzosa y colectiva de los bienes del deudor, y por “convenio y procedimientos análogos” a los procedimientos que tienden a prevenir o evitar la quiebra y, por tanto, a los convenios judiciales clásicos y a los modernos procedimientos excepcionales de conservación de la empresa, sean judiciales o administrativos, previniendo para todos ellos la publicidad a través de los Registros públicos de cada Estado contratante y la publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

En el anteproyecto de Ley concursal español se regula con bastante amplitud la publicidad registral del concurso contemplando un Registro especial de concursos de ámbito nacional, la inscripción en el Registro Civil cuando se trate de personas físicas, en el Registro Mercantil cuando

---

(37) OLIVENCIA. *Ob. cit.*, págs. 19 y 21.

se trate de comerciantes individuales o sociedades inscritas y en los Registros de Propiedad y en los folios en que aparezcan inscritos el dominio y demás derechos reales del deudor sobre inmuebles y en el Libro de Incapacitados, aparte de poder ordenar el Juez su constancia en otros Registros, incluso administrativos, en que aparezcan bienes del concursado.

Es decir, que se impone publicar registralmente esa situación del deudor sin que el fundamento de esa publicidad radique en la incapacidad que le produzca o en imponer al mismo una prohibición de disponer de sus bienes, bien en forma directa o bien en forma indirecta por acordar al secuestro o la desposesión, sino que se apoya en la adopción de unas medidas cautelares, de seguridad, que garanticen la integridad de un patrimonio que tiene una finalidad concreta, aunque esas medidas surtan a veces efectos similares a los de la incapacidad o de la prohibición de disponer, o de ambas, o impliquen un secuestro de los bienes y su cesión a los acreedores o a un ente transitorio que ha de gestionarlos mientras dura la tramitación del procedimiento; y todo ello según el caso concreto de que se trate.

El patrimonio del deudor queda perfilado como una masa de bienes y derechos que garantizan el cumplimiento de sus obligaciones, correspondiendo al acreedor un derecho personal que la ejecución transforma en un derecho, que aunque no es de naturaleza real puede configurarse como un *ius ad rem*, situado en esa esfera intermedia entre los derechos reales y los personales, de modo que cuando llega la ejecución forzosa colectiva de la quiebra o incluso de la suspensión de pagos se producirán una serie de consecuencias derivadas de esa sujeción del patrimonio del deudor que irán, según los casos, desde exigir que el ejecutado comparta con otras personas la administración y disposición de sus bienes a privarle totalmente de esas facultades que ejercerán otros, pasando o no el deudor por la desposesión de sus bienes, sin perder la propiedad y, en último término, llegar a la pérdida del dominio de sus bienes.

Estos efectos son en gran medida comunes a la suspensión de pagos y a la quiebra, ya que, como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1929, "inspirado el legislador en la necesidad social de garantizar el desenvolvimiento uniforme y progresivo del hecho y vida jurídica del comercio, asegurando el cumplimiento de las obligaciones de los comerciantes, utiliza entre otros medios, más o menos directos, los procedimientos judiciales de suspensión de pagos y quiebra en los que se impone, por ministerio de la Ley, el interés colectivo de la masa de acreedores al individual de los mismos, porque desde el momento en que tiene lugar la declaración procesal de suspensión de pagos o de quiebra, surge un estado circunstancial y privativo de derechos que afecta no solamente a la capacidad jurídica del comerciante, quedando intervenidas sus opera-

ciones mercantiles, sino también la eficacia de las acciones derivadas de los créditos contra aquél pendientes, las que pierden su virtualidad individual o singular, su suman a la colectiva de la masa de acreedores y quedan subordinadas en bien siempre del interés común de éstos, en cuanto a los plazos de su exacción, así como a su cuantía líquida a lo que en el procedimiento se acuerde respecto a su graduación legal, plazo de espera y porcentaje de la quita, según así resulta del texto y del espíritu de la Ley de 26 de julio de 1922 y disposiciones atinentes del Código de Comercio y Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Queda claro que en la ejecución colectiva lo que queda intervenido y pasa a ser ocupado, o cuasi ocupado, no son bienes concretos y aislados, como ocurre en la ejecución singular, sino la universalidad del patrimonio, integrado no sólo por los bienes materiales, sino también por todos los derechos, créditos y acciones que pertenezcan al deudor; y es esta aprehensión del patrimonio lo que coloca al deudor y a su patrimonio en una singularísima situación de la que se desprenden consecuencias que afectan en cierto sentido a la capacidad de obrar de esa persona en relación, y esto es determinante, con un patrimonio concreto respecto del cual y solamente respecto de él se le imponen esas restricciones, prohibiciones o limitaciones, pero dejando incólume su capacidad respecto de otros bienes que, no formando parte de ese especial patrimonio, no están sometidos a su específico régimen legal, como puede ocurrir con los bienes que tengan carácter inembargable y los que se le entreguen en concepto de alimentos, y ello tratándose de la quiebra o el concurso en los que pierde cualquier administración que pueda corresponderle, como tutor, bienes de hijos, patrimoniales, ausente, de la mujer, etc.; pero en la suspensión de pagos conserva su capacidad íntegra respecto de esos bienes no incluidos en la masa por ser ajenos a ella.

Se trata, pues, de un patrimonio adscrito a un fin específico y concreto —garantizar los derechos de los acreedores—, y ello se pretende conseguir mediante su conservación para poder llegar a un convenio, que es la finalidad del procedimiento.

La finalidad de esta vinculación concreta del patrimonio del deudor ha de conseguirse a través de los distintos medios que concede la Ley para transformar aquella expectativa de derecho que ostentaba cada acreedor sobre el patrimonio del deudor en una situación de sujeción para que quede adscrito al fin pretendido.

De forma análoga al embargo judicial y su anotación registral, que transforma la expectativa del derecho abstracto del acreedor sobre todos los bienes del deudor en un derecho concreto sobre un bien específico en la declaración judicial de suspensión de pagos o quiebra, con su publicidad registral, se transforma la expectativa del derecho de todos los acreedores

sobre el patrimonio del deudor en un derecho concreto y específico sobre el mismo.

Como dice Díez Pícazo (38), de la existencia de una sujeción del patrimonio del deudor a la agresión del acreedor para obtener satisfacción por equivalente de la prestación no cumplida, se ha deducido que este mismo patrimonio considerado como unidad constituye garantía de los acreedores. Si todo el patrimonio del deudor constituye garantía de sus acreedores, en cuanto que está afecto al cumplimiento de las obligaciones, se puede concluir que sobre este objeto constitutivo de garantía tienen los acreedores alguna titularidad o algún derecho. Hay, pues, se dice, un derecho de los acreedores sobre el patrimonio del deudor. ROCCO entiende que la facultad del acreedor de dirigirse contra los bienes del deudor es un específico derecho subjetivo. El hecho de que este derecho recaiga sobre un conjunto de bienes hace que se configure como un derecho de garantía real. Y extremando aún más la nota y llevando hasta sus últimas consecuencias el camino emprendido, se dirá que el derecho que tienen los acreedores es un derecho de prenda sobre los bienes de los deudores.

Es cierto que no es propiamente un derecho de prenda y que, como dicen ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (39), el patrimonio responde y es necesario abstenerse de aludir aquí a la noción de garantía, pues, en sentido técnico, ésta no existe. Se emplea el término de garantía en el sentido de seguridad o solvencia, tenida sin duda en cuenta por los acreedores al contratar, oponiéndose a las teorías que se apartan de esa concepción y consideran que en la responsabilidad patrimonial existe una vinculación o gravamen real en beneficio de los acreedores.

Una prueba más de que no existe derecho real la constituye el artículo 45 de la Ley Hipotecaria, que en la adjudicación de bienes inmuebles de concurso o quiebra hecha o que se haga para pago de deudas reconocidas contra la misma universalidad de bienes dice que no producirá garantía alguna de naturaleza real en favor de los respectivos acreedores a no ser que en la misma adjudicación se hubiere estipulado expresamente, si bien no cabe la posibilidad de obtener una anotación preventiva.

Pero es evidente que en la suspensión de pagos o la quiebra y su publicidad registral se ha formado una situación especial en la que la titularidad del deudor sobre sus bienes ha sufrido un cambio de régimen legal, pudiendo afirmarse que existe algo distinto o diferente que antes de esa situación y de su constancia en el Registro, ya que éste declara y publica una circunstancia que implica la existencia de una masa de bienes

---

(38) Díez Pícazo: *Fundamento de Derecho Civil Patrimonial*, 1972, tomo I, pág. 352.

(39) ROCA SASTRE y José PUIG BRUTAU: *Principio de responsabilidad patrimonial en estudios de Derecho Privado*, 1948, tomo I, pág. 171.

y de una masa de acreedores, siendo esta última, como dice GARRIGUES (40), un ente jurídico transitorio creado por consecuencia de la declaración de quiebra —lo mismo se dice de la suspensión de pagos—, dotado de capacidad para actuar en la esfera patrimonial del deudor por medio de sus representantes legales.

Un patrimonio que, aun cuando el deudor continúa siendo su titular, se encuentra, sin embargo, limitado en la libre disponibilidad y administración como consecuencia de que, aun siendo suyo, constituye esa común garantía de los acreedores y, por tanto, puede disponer de los bienes y derechos que lo integran, pero de forma que no les perjudique y ajustándose a las normas previstas para el caso.

Este patrimonio está formado, en principio, por los bienes y derechos presentes, es decir, los pertenecientes al deudor en el momento de plantearse el procedimiento, y por los futuros, o sea, los que adquiera por cualquier título con posterioridad. Respecto de los bienes pasados, en principio no forman parte de ese patrimonio, si bien pueden integrarse en el mismo a través de acciones revocatorias o subrogatorias y por la retroacción.

La retroacción de la quiebra —y que también se produce o puede producirse en la suspensión de pagos en el supuesto de insolvencia definitiva en el que el artículo 21 de su Ley se remite a los artículos 879, 880, 881 y 882 del Código de Comercio— es un argumento más de que la situación de quiebra y de suspensión de pagos implican más fuerte repercusión sobre el patrimonio del deudor que la que puede deducirse de entenderlas como supuesto de incapacidad o de prohibición de disponer, ya que tanto en uno como en otro caso no procedería afectar a los negocios jurídicos anteriores salvo por el camino del fraude.

Respecto al caso concreto de los bienes que ya hayan sido subastados en virtud de procedimientos anteriores, es preciso tener en cuenta el artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permite la tercería de dominio hasta el otorgamiento de la escritura de venta o de su adjudicación en pago.

Pero desde el punto de vista registral, el tema se concreta al título que antes acceda al Registro, es decir, que aun otorgada la escritura o dictado auto de adjudicación, si esos títulos no han llegado al Registro y lo hiciere el de constancia de la situación de suspensión de pagos o quiebra, éste sería anotado, y la escritura de venta o testimonio del auto de adjudicación que llegaran después ingresarían posteriormente o no serían admitidos según el supuesto de que se tratare.

---

(40) *Ob. cit.*, tomo II, 1974, pág. 405.

Decíamos antes que había una similitud entre la anotación de embargo y la suspensión de pagos y quiebra, y es que, en efecto, no han faltado opiniones que asignan a la suspensión de pagos y a sus medidas conservativas del patrimonio del suspenso un valor procesal equivalente al embargo; y así, GUASP (41) sostiene que la ocupación de bienes es una forma de embargo, interpretación que tiene su apoyo en las propias disposiciones legales, como se deduce de los artículos 1.173 y 1.175 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el concurso.

En virtud de esa situación, como dice CAMY (42), se personaliza el patrimonio del incurso en esas incapacidades, sometiéndolo a una especie de tutela que no por ser de características y de órganos especializados deja de ser tutela, pero cuya finalidad fundamental es que la función tutelar no se realiza en beneficio de los acreedores ni del quebrado, sino del patrimonio mismo, aunque en definitiva lo sea en beneficio de unos y de otros.

Se trata de una especie de patrimonio separado o, mejor, en situación interina, ya que, como dicen Díez Pícazo y Gullón (43), existen casos en que una misma masa de bienes y derechos se unifica en atención a un destino que parece llamado a agotarse pronto o en razón a una situación anormal que ha de desaparecer. Se puede llamar a este tipo de fenómenos "patrimonios en situación provisional" o "interina", citando entre ellos el caso del patrimonio del ausente o de la herencia sin aceptar, y dicen: "La interinidad o provisionalidad cabe que se produzca también porque el patrimonio esté sometido a procedimiento de liquidación para dar cumplimiento a los fines de responsabilidad a que estaba sometido. Es lo que ocurre en la quiebra del comerciante como caso más destacado".

En este sentido, CAMY (44) cita como actos y situaciones jurídicas con eficacia real, y por tanto inscribibles, los de garantía real de derechos inespecificables en uno o varios de sus elementos integrantes. En este caso, y como su nombre indica, no se trata de proteger un derecho real, sino que mediante una situación análoga a los derechos reales de garantía obtenerla registralmente en favor de obligaciones más o menos crediticias, pero que por su especial naturaleza no se ha creído que deberían ser protegidas mediante una inscripción especial al efecto. Como tales podemos señalar: mención de legítima, anotación de embargo, secuestro, prohibición de enajenar, legado de cosa genérica, etc. Y similares a ella, aunque con peculiaridades tomadas de unas y otras de las antes enumeradas, tenemos la anotación de suspensión de pagos, concurso y quiebra".

---

(41) GUASP: *La quiebra de la Barcelona Traction*, 1952, pág. 171.

(42) *Ob. cit.*, tomo V, 1971, pág. 694.

(43) Luis Díez Pícazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, Editorial Tecnos, volumen I, pág. 380.

(44) CAMY: *Ob. cit.*, tomo I, pág. 441 (Granada, 1969).

Viene a significar la resolución judicial sobre suspensión de pagos, concurso o quiebra la adopción de una serie de medidas cautelares, de seguridad, precautorias, de las que se contemplan en nuestro Derecho, aunque no se encuentren sistematizadas, pudiendo citar, por lo que ahora interesa, las de embargo preventivo de los artículos 1.397 y 1.400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desprendiéndose del último el carácter esencialmente conservativo de la medida, *el aseguramiento de bienes litigiosos del artículo 1.419 de la misma Ley, que equivale a una intervención judicial, o del 1.428, que faculta al Juez para adoptar las medidas que considere convenientes para asegurar el cumplimiento de la sentencia que recaiga, la anotación preventiva de la demanda, la de prohibición de disponer o de secuestro o depósito del bien*; y por lo que a la suspensión de pagos se refiere, el nombramiento de interventores y las demás medidas que juzgue convenientes con toda amplitud, e incluso la suspensión o sustitución del propio interesado, Gerente o Consejo de Administración.

Todas estas medidas, con su carácter interino y provisional, pero real y efectivo, sobre el patrimonio del deudor deben ser publicadas registralmente para conocimiento de todos, tanto en el Registro de la Propiedad como en el Mercantil, siendo la misma publicidad registral otra de las medidas para contribuir a la conservación del patrimonio del deudor y que el mismo cumpla el fin pretendido.

#### IV. LOS SUPUESTOS DE PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA SUSPENSION DE PAGOS

Entre los supuestos que pueden dar lugar a constancia registral de la situación o estado de suspensión de pagos que hemos indicado anteriormente, y dejando aparte las resoluciones del último grupo, ya que las mismas sólo de una manera indirecta tienen relación con la suspensión de pagos y su constancia registral sería la ordinaria de las anotaciones preventivas de demanda, examinaremos las peculiares del procedimiento de suspensión de pagos y que relacionábamos en los otros dos apartados, si bien, para evitar repeticiones, antes del examen particularizado de las mismas expondremos unas cuestiones de carácter general que afectan esencialmente a todas.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

A) *Carácter obligatorio o voluntario de su publicidad registral.*

## a) En el Registro de la Propiedad.

En nuestro sistema hipotecario la inscripción, por regla general, no es constitutiva, sino voluntaria.

Los derechos en nuestro sistema, con muy raras excepciones, y aun en esos casos la opinión de la doctrina no es unánime sobre la naturaleza de la inscripción, nacen fuera del Registro y antes de su consagración tabular, sin que la inscripción de los mismos sea constitutiva.

Del propio modo, la inscripción registral, también como regla general, es de carácter voluntario y no obligatorio, en un sistema que instauró la Ley Hipotecaria de 1861 estimando que las ventajas derivadas de la constancia registral eran suficiente estímulo para que todos los títulos se acogieran al sistema, habiendo sido mantenido el principio de voluntariedad por todas las reformas posteriores.

Son escasos los supuestos de inscripción obligatoria y además han fracasado en la práctica, como ha ocurrido, por ejemplo, con los documentos relativos a fincas resultantes de concentración parcelaria.

Es lo cierto que, tratándose de embargo, se ha discutido si se trata de una anotación de carácter constitutivo que al recaer sobre bienes inmuebles necesita para su existencia, además de la traba o embargo propiamente dicho, de su anotación en el Registro; o que, cuando menos, se trata de una anotación de carácter obligatorio, ya que, de un lado, el artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al expresar que del embargo de bienes inmuebles se *tomará* anotación preventiva en el Registro de la Propiedad con arreglo a las disposiciones de la Ley Hipotecaria y Reglamento para su ejecución, *expidiéndose* para ello el correspondiente mandamiento por duplicado, y sobre todo el párrafo 2.º del artículo 43 de la Ley Hipotecaria, que dispone que la anotación de embargo, cuando se trate de juicio ejecutivo, será obligatoria, parece desprenderse claramente la afirmación de la naturaleza constitutiva o, cuando menos, obligatoria de la anotación de embargo.

No obstante, es conocido que las conclusiones de la jurisprudencia declaran que la anotación de embargo no es constitutiva ni obligatoria, en el sentido de que sea imprescindible para continuar el procedimiento.

Con estos antecedentes, observamos que el artículo 4 de la Ley de Suspensión de Pagos dice que la providencia teniendo por solicitada la suspensión de pagos *se anotará*; en el artículo 13 de la propia Ley, cuando el deudor no concurre a la Junta o no se alcanza el quórum necesario y el Juez dicta resolución acordando legalmente concluido el expediente, se

dice que *se registrará* en la forma y con los requisitos prevenidos en el artículo 8 (aunque en éste sólo se hable de la publicidad que el Juez estimare conveniente, si bien con el refuerzo que implica el citado artículo 13 se concluye, como veremos con más detalle posteriormente, que también del artículo 8 ha de entenderse que se registrará el auto que el mismo regula); y, finalmente, en el artículo 17 se impone la registración del convenio "*librando los correspondientes mandamientos a los Registros Mercantiles y de la Propiedad*".

La opinión generalizada deduce de esos preceptos que la constancia registral de la situación de suspensión de pagos es obligatoria. Desde luego que la redacción de esos artículos se orienta en el sentido de imponer al Juez que ordene de oficio esa publicidad, dado el carácter imperativo de aquéllos.

Sin embargo, a nuestro juicio esta conclusión no es indiscutible. Los imperativos gramaticales no se corresponden con los jurídicos, y así lo hemos visto con el ejemplo que hemos aportado de las anotaciones de embargo, en las que la doctrina y la jurisprudencia mayoritariamente sostienen la naturaleza voluntaria de las mismas; y otro tanto ocurre con los derechos en general de nuestro ordenamiento hipotecario, aunque el artículo 2 de la Ley Hipotecaria se pronuncie también imperativamente al disponer que en los Registros expresados en el artículo anterior *se inscribirán*.

Por otra parte, el artículo 43 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo 3.º, refiriéndose a las anotaciones preventivas de demandas en las que se solicite una declaración de incapacidad, previene que la anotación puede dictarse de oficio cuando no hubiere interesados que la reclamen, siempre que el Juez, a su prudente arbitrio, lo estime conveniente para asegurar el efecto de la sentencia que pueda recaer en el juicio, siendo preciso tener en cuenta que, en este caso, conforme al artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos, desde el momento de iniciarse el expediente de suspensión de pagos hasta el cumplimiento total del convenio, será parte el Ministerio Fiscal, al que la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1922, en su Regla 8.ª, impone que ha de exigir el más extremado celo en todo cuanto afecte a la pureza y normalidad del procedimiento, indicando entre las infracciones de éste la de "dejar de proveer respecto de uno o más de los extremos fijados en el artículo 4.º", uno de los cuales es el de la publicidad registral.

El artículo 134 del anteproyecto de Ley Concursal, en su párrafo 2.º, dice que "la falta de inscripción o anotación no privará de efectos a la resolución judicial, sin perjuicio de la responsabilidad del Juez o funcionario que hubiese incurrido en omisión o demora frente a los terceros de buena fe que resulten perjudicados.

b) En el Registro Mercantil.

En el artículo 83 del Reglamento vigente del Registro Mercantil también se emplea el imperativo al referirse a la publicidad registral, bien que refiriéndose solamente respecto al comerciante individual, al decir que los Jueces ante quienes se tramiten autos de suspensión de pagos o quiebra de un comerciante individual *librarán* mandamientos al Registro Mercantil correspondiente al domicilio del comerciante para la práctica de la anotación preventiva ordenada en el artículo 4 de la Ley de 26 de julio de 1922, 2.º de la Ley Hipotecaria y demás preceptos concordantes.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta el carácter eminentemente rogado de la jurisdicción, aunque es cierto que en materia de suspensión de pagos se resalta el carácter de orden público que tienen sus disposiciones, y examinando los modelos del escrito solicitando la declaración de suspensión de pagos en varios manuales de Derecho Procesal, se observa que en todos los modelos de dicho escrito se incluye la petición del Juez de ordenar y anotar la resolución en los Registros Mercantil y de la Propiedad, con lo que se está aplicando el principio de rogación y no actuando de oficio.

En nuestra experiencia profesional nos hemos encontrado con mandamientos para anotar un convenio en el Registro de la Propiedad sin que figurara previamente registrada la admisión de la solicitud ni el auto de declaración de la misma, o aparecer la primera y no el segundo o a la inversa, o figurando en el Mercantil y no aparecer en el de la Propiedad, o al revés.

Concluimos que la constancia registral es de carácter voluntario, si bien su falta tendrá los efectos que se derivan del sistema y que después examinaremos.

B) *Título para practicar los asientos registrales.*

Dejando aparte, para su examen en cada uno de los supuestos, las referencias al título material, o sea, a las resoluciones judiciales que han de ser objeto de constancia registral y refiriéndose al título formal que las contiene, conviene recordar:

Que la Ley Hipotecaria admite la inscripción de los documentos judiciales en sus artículos 3, que habla de ejecutoria, y en el 257 de la misma.

Dice el artículo 257 de la Ley Hipotecaria: "Para que en virtud de resolución judicial pueda hacerse cualquier asiento en el Registro, expedirá el Juez o Tribunal, por duplicado, el mandamiento correspondiente, excepto cuando se trate de ejecutorias.

El Registrador devolverá uno de los ejemplares al mismo Juez o Tribunal que lo hayan expedido o al interesado que lo haya presentado, con nota firmada expresiva de quedar cumplido en la forma que proceda, y conservará el otro en su oficina, extendiendo en él una nota rubricada igual a la que hubiere puesto en el ejemplar devuelto.

Estos documentos se archivarán numerados por el orden de su presentación.

Normalmente, en el caso de la publicidad registral de suspensión de pagos el título formal será el mandamiento; no obstante, puede tratarse de una ejecutoria, o sea, según el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el documento público y solemne en que se consigne una sentencia firme, que es inscribible directamente, sin necesidad de mandamiento, según se dice en el artículo 257 de la Ley Hipotecaria, párrafo 1.º, *in fine*, que exige el mandamiento EXCEPTO CUANDO SE TRATE DE EJECUTORIAS.

En el anteproyecto de Ley concursal, se dice en su artículo 134 que las inscripciones y anotaciones se practicarán en virtud de mandamiento judicial.

Respecto a los mandamientos, aparte del indicado precepto de la Ley Hipotecaria, el artículo 165 de su Reglamento dispone que: "Toda anotación preventiva que haya de practicarse por mandato judicial se verificará en virtud de presentación en el Registro del mandamiento del Juez o Tribunal, en el que se insertará literalmente la resolución respectiva, con su fecha, y se hará constar, en su caso, que es firme.

El mandamiento será siempre expedido por el Juez o Tribunal en cuyo término jurisdiccional radique el Registro donde deba extenderse la anotación preventiva, al que exhortarán con tal objeto los demás Jueces o Tribunales".

Por lo que se refiere al Registro Mercantil, su artículo 8 dispone que la inscripción se practicará en virtud de escritura pública o de *documento judicial* o administrativo expedido por autoridad o funcionario competente, y el artículo 36 del mismo Reglamento tiene un contenido sensiblemente idéntico al artículo 257 de la Ley Hipotecaria y 165 de su Reglamento.

Es claro que la resolución judicial ha de estar dictada por el Juez que conozca del asunto, si bien el mandamiento ordenando la práctica del asiento registral, según el último párrafo del artículo 165 del Reglamento Hipotecario y 36 del Registro Mercantil tiene que ser expedido por el Juez o Tribunal en cuyo término jurisdiccional radique el Registro donde deba extenderse la anotación preventiva, al que exhortarán con tal objeto los demás Jueces y Tribunales.

Los artículos 284 al 300 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regulan la materia de exhortos y, ciertamente, la reciente reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 6/1984, de 6 de agosto, ha introducido ciertas

dudas en orden a si es o no necesario que expida el mandamiento el Juez en cuyo término jurisdiccional radique el Registro o si puede hacerlo directamente el Juez que esté conociendo del asunto, existiendo, en el momento de redactar este trabajo, pendientes de resolución algunos recursos gubernativos sobre el particular.

Otros requisitos de forma que pueden citarse son:

a) Que deberán estar expedidos en el papel sellado que prescriban las Leyes y Reglamentos, según el artículo 248 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

b) Que el mandamiento tenga la nota correspondiente del Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, según los artículos 254 de la Ley Hipotecaria y 107 de su Reglamento y 32 del Reglamento Mercantil, en el que excluye de esta exigencia algunos supuestos, como nombramiento y cese de administradores, poderes y su renovación e inscripción de comerciantes y empresas individuales. Sobre esta materia la Dirección General de los Registros, en Resolución de 17 de mayo de 1985, traslada la contestación dada a su consulta por la Dirección General de Tributos, en la que refiriéndose a los mandamientos judiciales de embargo (pero también aplicable a cualquier otro) reitera que no es posible practicar la inscripción correspondiente sin que conste la nota de pago o exención del Impuesto de la Oficina Liquidadora correspondiente.

c) Que la resolución se inserte en testimonio expedido por el Secretario, firmado por él con el visto bueno del Juez, o en el mandamiento expedido por el Juez bajo fe del Secretario.

Los testimonios y documentos judiciales no precisan el requisito de la legalización, hoy en trámite parlamentario de suprimirse también en los documentos notariales, aunque la existencia del mandamiento del Juez o Tribunal en cuyo término jurídico radique el Registro, al cual exhortarán, en su caso, los demás Jueces o Tribunales, harían inaplicable esa legalización si existiera.

### C) *Circunstancias de los mandamientos.*

Estos han de contener las circunstancias que el asiento registral ha de consignar, y se deducen de los artículos de la Ley Hipotecaria, su Reglamento y del Reglamento del Registro Mercantil.

a) *Inserción literal de la providencia acordando el asiento.* Tanto el artículo 36 del Reglamento del Registro Mercantil como el 165 del Hipotecario exigen que en el mandamiento se inserte literalmente la resolución

judicial respectiva y su fecha. Esta resolución judicial es aquella en la que se ordena la práctica del asiento registral.

b) *La fecha de dicha resolución.* Este dato tiene menor importancia, ya que si la resolución se inserta literalmente irá comprendida la fecha; pero, de cualquier forma, los Reglamentos detallan esta circunstancia.

c) *Expresión de la firmeza de la resolución.* Esta circunstancia la exige el artículo 165 del Reglamento Hipotecario, pero no el 36 del Registro Mercantil, si bien habrá que entender que aquél se aplica también a éste por su carácter supletorio. La expresión "en su caso" nos alerta en el sentido de que no siempre es necesaria esta circunstancia. En efecto, existen resoluciones judiciales que no precisan esa declaración de firmeza porque son ejecutivas en el mismo instante de ser dictadas, al no ser susceptibles de recurso alguno, o porque los recursos que contra ellas proceden únicamente se admiten en un solo efecto. En la suspensión de pagos la resolución admitiendo la solicitud de la misma o el auto declarando tal estado con insolvencia provisional son de ejecución inmediata, y en consecuencia firmes, y por ello no es preciso que en el mandamiento se haga constar esta circunstancia; y en cambio en otras resoluciones, como, por ejemplo, el auto declarando el estado de suspensión de pagos con insolvencia definitiva, al ser susceptibles de impugnación, ha de consignarse expresamente su firmeza cuando la alcancen para que sean registrables.

El artículo 134 del anteproyecto de Ley concursal dice que las inscripciones y anotaciones se practicarán en virtud de mandamiento judicial en el que necesariamente se expresará si la resolución es o no firme; pero creemos que este precepto hay que entenderlo en relación con el 129 del mismo anteproyecto, que al final del mismo establece que en tanto no sean firmes las expresadas resoluciones serán objeto de anotación preventiva, de lo que creemos deducir que el concepto de firmeza manejado en el anteproyecto en este punto no contempla el aspecto procesal (de no ser la resolución objeto de recurso alguno o que lo sea a un solo efecto), sino el concepto de resolución definitiva, última, declarativa de acuerdos, en contraste con la provisional que espera alcanzar la definitiva, es decir, en forma análoga a la anotación de demanda ordinaria o de incapacidad y a la sentencia que estima y declara la pretensión.

d) *Otras circunstancias.* Según el artículo 72 de la Ley Hipotecaria, las anotaciones preventivas contendrán las circunstancias que se exigen para las inscripciones en cuanto resulten de los títulos o documentos presentados, y el 73 de la misma Ley lo ratifica, matizando la última frase de aquél, al disponer que esas circunstancias se contendrán si resultan de los títulos y documentos que se hayan tenido a la vista para dictar la providencia de anotación, concluyendo el 75 de la misma Ley Hipotecaria

que la anotación será nula cuando por ella no puede venirse en conocimiento de la finca o derecho anotado, de la persona a quien afecte la anotación o de la fecha de ésta.

Se deduce de lo anterior, y así lo corrobora la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros, que en materia de anotaciones es mucho más tolerante la legislación hipotecaria en orden a las circunstancias que las mismas deben contener y, por tanto, que deben constar en los mandamientos.

Sin que aquí debamos detallar éstas, únicamente indicaremos que por aplicación de dichos preceptos y de los artículos 166 y siguientes del Reglamento Hipotecario, aparte de lo antes consignado, deben figurar:

— *Los bienes a que se refiere la anotación.* Estos pueden y deben detallarse en el mandamiento, y una facilidad para hacerlo resulta del último párrafo del apartado 1.º del artículo 2 de la Ley de Suspensión de Pagos que, al exponer los documentos que se acompañan a la solicitud, indica que “si hubiera bienes inmuebles se acompañarán los títulos de dominio o una descripción detallada de los mismos”. Pero en cualquier caso, como ésta es de las anotaciones que comprenden todos los bienes de una persona, según el segundo párrafo del artículo 73 de la Ley Hipotecaria, el Registrador anotará todos los que se hallen inscritos a su favor, y por ello no es indispensable que se incluyan en el mandamiento.

Incluso como dice el último párrafo del citado artículo 73, pueden anotarse también los bienes no inscritos, siempre que el Juez o Tribunal lo ordene y se haga previamente la inscripción a favor de la persona gravada con la anotación.

En estos caso de anotación sobre todos los bienes, sin que los describa el título presentado, el Registrador debe expresar, en el ejemplo del mandamiento que devuelva a quien lo hubiera expedido, una sucinta reseña de los bienes anotados, determinando el tomo, folio y número de la finca, según previene el artículo 171 del Reglamento Hipotecario.

— *La persona a cuyo favor se verifique.* A esta circunstancia se refiere la regla 9.ª del artículo 166 del Reglamento Hipotecario, pero tratándose de suspensión de pagos no procede hacerla constar, ya que afecta al titular registral y no se extiende a favor de persona alguna.

— *Juzgado o Tribunal que acuerda la anotación, y el que la ordena.*

#### D) *Calificación del Registrador.*

Esta tendrá la amplitud que le corresponde en los documentos judiciales.

Del artículo 100 del Reglamento Hipotecario y del 5 del Reglamento del Registro Mercantil, así como de los artículos 100 y 101 de la Ley Hipotecaria, resulta que la amplitud de la calificación de los Registradores en materia de documentos judiciales se extiende a los siguientes extremos:

a) *La competencia del Juzgado.* Si bien en cuanto se halle determinada por razón de la materia, de la cuantía, o sea la orgánica o de distribución jerárquica, pero no a la competencia que nace del fuero que corresponda a los interesados, y así no podrá discutir la competencia del Juez por razón del domicilio del suspenso, pero sí que el Juzgado sea el de Primera Instancia.

b) *Congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado.* Ello significa que el mandato tiene que guardar relación con el procedimiento, y así no podría, por ejemplo, decretarse en la suspensión de pagos la cancelación de una hipoteca o la rectificación de un asiento registral.

c) *Las formalidades extrínsecas del documento.* En este punto la amplitud de la función calificadora puede extenderse a todo lo referente a los requisitos de formalización y autenticidad, naturaleza del documento (si ha de ser ejecutoria, testimonio, copia, mandamiento, etc.), autenticidad de firmas, requisitos de forma, errores, omisiones, papel sellado, pago del impuesto, circunstancias personales de los interesados, de las fincas, derechos y las demás necesarias para practicar el asiento.

d) *Obstáculos del Registro.* Aquí la calificación del Registrador es plena. Por ello únicamente practicará los asientos sobre las fincas o derechos que aparezcan inscritos a favor del suspenso, denegando o suspendiendo, según los casos, cuando estén inscritos a favor de otras personas.

Asimismo suspenderá la inscripción en el caso de que la finca o derecho no se encuentren inscritos a favor de persona alguna. Tratándose de Registro Mercantil, si el comerciante individual figura inscrito se practicará el asiento, y en otro caso se tendrá que hacer la previa inscripción del mismo.

En el caso de denegarlo o de suspender la práctica del asiento ordenado, por tratarse de documentos judiciales, deberá cumplirse el artículo 133 del Reglamento Hipotecario, también aplicable al Mercantil, explicando el Registrador, si fuere necesario, las razones en que fundare la negativa o suspensión.

Finalmente es de citar el artículo 101 del Reglamento Hipotecario, según el cual: La calificación de documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación, y no impedirá el proce-

dimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título o sobre la competencia del Juez o Tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento. Si la ejecutoria que en éste recayese resultare contraria a la calificación, el Registrador practicará el asiento solicitado, el cual surtirá sus efectos desde la fecha de presentación del título, si se hubiere tomado la correspondiente anotación preventiva y ésta estuviere vigente.

E) *Efectos materiales de la publicidad registral.*

Tanto en el Registro Mercantil como en el de la Propiedad produce los efectos propios del sistema. En el Registro Mercantil puede hablarse de un efecto positivo, o sea, la posibilidad de oponer a terceros los hechos inscritos; y más débilmente, y sólo de un modo secundario, negativo, según el cual lo no registrado no puede ser opuesto a tercero, como se desprende del artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil al disponer: "El Registro Mercantil es público. Se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido de todos y no podrá invocarse su ignorancia. Los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efectos respecto de terceros. No podrá invocarse la falta de inscripción por quien incurrió en su omisión".

En el Registro de la Propiedad los efectos de la constancia registral de las resoluciones judiciales pueden sintetizarse en la forma siguiente:

a) Si se estima que dichas resoluciones son un supuesto de incapacidad del titular registral, los efectos de la constancia registral serán los de dar publicidad registral a esa incapacidad declarada, y ello para conocimiento de los que pretendan adquirir del mismo bienes inmuebles o derechos reales, y también, de conformidad con lo prevenido en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, para suministrar un dato más al Registrador al calificar los títulos otorgados por aquél que pretendan su acceso al Registro.

LACRUZ (45) llega a decir que las incapacidades se inscriben no para dar a conocer la situación del incapacitado a quienes contraten con él o a los ulteriores adquirentes, sino al Registrador, que queda obligado a rechazar los títulos otorgados por el incapacitado que lleguen al Registro con posterioridad a la constancia de la incapacidad.

Se ha dicho también que la constancia registral de esas resoluciones no surte los efectos propios del principio de fe pública registral, toda vez que

---

(45) LACRUZ: *Lecciones Derecho Inmobiliario Registral*, págs. 135 y sigs.

el juego del artículo 33 de la Ley Hipotecaria hace que, aun no figurando en el Registro la incapacidad, el acto o contrato sea nulo sin que lo convalide su inscripción.

Indudablemente que la inscripción de la incapacidad facilita que sean rechazados esos actos o contratos nulos, provocando así un cierre registral para los actos posteriores a esa constancia registral, aunque tal cierre se produzca por ser rechazado el título otorgado por un incapaz y conocerse esa circunstancia y no por efecto propio de la inscripción, de modo tal que, aun sin constancia registral de la incapacidad, si en el propio título se hiciera referencia a la existencia de ella igualmente sería rechazada su registración.

b) Si se estima que se trata de prohibición de disponer, entonces surtirán los efectos propios de la inscripción o anotación de ésta que indica el artículo 145 del Reglamento Hipotecario, referido a las anotaciones de prohibición de disponer, o sea el cierre del Registro para los actos dispositivos que respecto de la finca o derecho sujeto a la prohibición hubiere realizado posteriormente a ésta su titular, pero sin ser obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación.

c) Concretando nuestra postura sobre los efectos de esa constancia registral, la sintetizábamos diciendo que produce los efectos propios del sistema. En nuestro ordenamiento se concede a los derechos inscribibles una protección muy enérgica, no sólo en el aspecto negativo (art. 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil) en cuanto que lo no inscrito no perjudica a terceros, sino también el positivo material y procesal (arts. 34 y 38 de la Ley Hipotecaria), presumiendo con presunción *iuris tantum* que los derechos reales existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento registral respectivo, presunción que se convierte en *iuris et de iure*, sin posibilidad de prueba en contrario, en relación con el adquirente inscrito que cumpla determinados requisitos, otorgándose a los pronunciamientos del Registro el valor de sentencias o cosa juzgada, y no pudiendo oponérsele más que contadas y previstas excepciones.

Es verdad que estos efectos se producen respecto del dominio y demás derechos reales, pero también lo es que si consta registrada la situación de suspensión de pagos, será rechazado el título que pretenda el acceso al Registro contraviniéndola y, en otro caso, el título otorgado ingresará en el Registro y el adquirente estará amparado por el principio de legitimación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ya que su asiento estará bajo la salvaguardia de los Tribunales, y para desconocerlo tendrá que declararse previamente, o a la vez, su nulidad y cancelación. Ahora bien, si a su vez este adquirente, sin constancia registral de la situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra, transmite su derecho, el subquirente será man-

tenido en su adquisición por aplicación del principio de fe pública registral del artículo 34.

La retroacción de la quiebra pone a prueba los efectos expresados en cuanto afecta al adquirente del quebrado o del suspenso, aun cuando tal situación no figure registrada, ya que el artículo 878 del Código de Comercio declara nulos todos los actos de administración y disposición del quebrado que sean posteriores a la fecha de la retroacción, siendo interesante a estos efectos la Resolución de la Dirección General de los Registros de 24 de abril de 1959, al declarar que ese artículo establece una "indisponibilidad patrimonial" a contar desde la fecha de la retroacción de la quiebra, y que lo mismo que esa indisponibilidad constituye una "prohibición de enajenar" o una "incapacidad", la finalidad del Registro de asegurar el tráfico jurídico se menoscaba con ese precepto.

Lo mismo puede afirmarse en la suspensión de pagos, toda vez que el artículo 6, en el apartado segundo de su regla 3.<sup>a</sup> de su Ley reguladora, previene que los actos y contratos que realice el suspenso sin el concurso de los Interventores serán nulos e ineficaces, siendo aplicables, en caso de insolvencia definitiva, según el artículo 21 de la propia Ley, los preceptos sobre retroacción de la quiebra contenidos en los artículos 879 a 882 del Código de Comercio, aunque con menos rigor, como se desprende de la Sentencia de 22 de abril de 1980, que contempla el caso de una reclamación en juicio ordinario, efectuada por el suspenso sin el concurso de los Interventores, y declaró que la "realización de actos por el citado suspenso sin el concurso o acuerdo de los Interventores lo único que determinaría sería la posibilidad de que éstos o, en su caso, los acreedores ejercitaren las correspondientes acciones en logro de la nulidad o ineficacia de tales actos si le resultaren perjudiciales, con base en el párrafo penúltimo del mencionado artículo 6 de la Ley de 26 de julio de 1922".

La Sentencia de 17 de marzo de 1958 extendió la nulidad al subadquirente, es decir, a quien adquirió del adquirente del quebrado, y ello por razones que sintetiza ROCA (46), resaltando que una de ellas fue la circunstancia de constar anotada preventivamente la providencia teniendo por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos del que después fue declarado en quiebra.

El artículo 134 del Anteproyecto de Ley Concursal, en su párrafo 2.º, ya citado antes, dice, sin embargo, que "la falta de inscripción o anotación no privará de efectos a la resolución judicial, sin perjuicio de la responsabilidad del Juez o funcionario que hubiese incurrido en omisión o demora frente a los terceros de buena fe que resulten perjudicados".

F) *Registros Mercantil y de la Propiedad en los que han de registrarse estas resoluciones.*

Respecto del Registro Mercantil, lo será aquél en el que figure inscrito el comerciante, individual o social, a quien se refiera la resolución, que a su vez corresponderá al del domicilio del comerciante. Realmente el problema del domicilio únicamente surgirá cuando se trate de comerciante individual no inscrito, ya que caso de estarlo, lo mismo que en el caso de sociedades inscritas, el Registro en que consten será el competente para constancia de las resoluciones.

Tratándose de comerciantes o sociedades con sucursales inscritas, deberá hacerse la registración en todos los Registros en los que figuren. Los artículos 21.4º del Código de Comercio y 71.4.º del Reglamento del Registro Mercantil contemplan para los comerciantes individuales la inscripción de las sucursales, previniendo que se practicará en el Registro Mercantil de las provincias donde están domiciliadas, y el artículo 97 del Reglamento Mercantil hace lo propio para las sucursales, agencias o delegaciones de sociedades.

Sin embargo, conviene precisar que no siendo estrictamente necesaria sino voluntaria la inscripción de las sucursales, en el caso de no figurar inscritas no procederá su inscripción previa para hacer constar en su hoja respectiva la suspensión de pagos.

Respecto del Registro de la Propiedad, dice el artículo 4 de la Ley de Suspensión de Pagos que serán registradas en todos aquéllos donde estén inscritos los inmuebles del suspenso.

G) *Libros en los que se han de practicar los asientos.*

También es preciso distinguir entre el Registro Mercantil y los de la Propiedad.

En el primero de ellos, teniendo en cuenta que se lleva por el sistema del folio personal, es decir, abriendo una hoja a cada comerciante individual o social, y que en ella se inscriben o anotan todos los hechos y actos registrales, hojas que forman los libros de Registro, en estos libros y en la hoja correspondiente al comerciante de que se trate es donde han de practicarse estos asientos, aunque, de todas formas, se hace necesario distinguir entre comerciante individual y social.

En el supuesto de comerciante individual, como la inscripción del mismo es potestativa, conforme a lo determinado en el artículo 17 del Código de Comercio y 69 del Reglamento del Registro Mercantil, salvo que se trate de naveros, o que no se dediquen habitualmente al comercio,

pero que realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción según las Leyes y Reglamentos, cabe la posibilidad de que no figure inscrito en el Régimen Mercantil cuando se encuentre afectado por la suspensión de pagos, o que, por el contrario, figure inscrito.

### *Comerciante individual inscrito*

Según el artículo 83 del Reglamento del Registro Mercantil, se extenderá el asiento en el libro correspondiente. Es decir, que se inscribirá en el Libro abierto a los comerciantes o empresarios individuales y en la hoja abierta al mismo a continuación unas de otras, numerando correlativamente las inscripciones y cancelaciones, y por letras si se trata de anotaciones preventivas o sus cancelaciones, también correlativas, todo ello según los artículos 6, 14, 20 y 21 de expresado Reglamento.

### *Comerciante individual no inscrito*

Ha de inscribirse previamente el comerciante, y por ello el artículo 83 del Reglamento del Registro Mercantil establece esta inscripción por mandamiento judicial, que deberá contener las circunstancias para dicha inscripción según el artículo 71 del mismo Reglamento, dando lugar a un supuesto de inscripción obligatoria de comerciante individual y el único en el que el título es mandamiento judicial.

### *Comerciante social*

El Reglamento del Registro Mercantil nada dice respecto a la constancia registral de la suspensión de pagos de las sociedades, aunque se ha dicho que la referencia de dicho Reglamento al comerciante individual se hace para regular el supuesto, posible y además frecuente, de falta de su inscripción previa y el trámite de subsanar el defecto que impediría la práctica de los posteriores asientos, entre ellos el de la suspensión, pero que en materia de sociedades tal presupuesto de hecho no es posible al ser obligatoria, e incluso constitutiva, su inscripción en el Registro Mercantil, y que ello explica el silencio reglamentario, aunque también pudiera sostenerse, en base de esta omisión, la no registración de la suspensión de pagos o quiebra de las sociedades.

Ahora bien, después de la Ley de Suspensión de Pagos no cabe plantearse la cuestión, ya que dicha Ley se aplica también a las sociedades, y

a todos los que quedan sujetos a la misma se refieren el artículo 4 y los demás preceptos que regulan la publicidad registral, siendo de destacar en este sentido el artículo 1 de dicha Ley, que extiende su aplicación a los comerciantes y a las Sociedades no comprendidas en el artículo 930 del Código de Comercio (que se refiere a las Compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras de servicio público, general, provincial o municipal) y el número 5 del artículo 2, ó el 6 de la misma Ley, que asimismo hacen referencia a supuestos de sociedades.

En cualquier caso, si se trata de un comerciante, individual o social o una entidad incluida en la Ley de Suspensión de Pagos y se presenta en el Registro Mercantil el mandamiento que ordena registrar esa situación o alguna de las resoluciones a ella referidas, el Registrador, si el mandamiento reúne los demás requisitos precisos y ese comerciante, sociedad o entidad figura inscrita en el Registro Mercantil, registrará aquel mandamiento, y en otro caso lo rechazará hasta que figure la inscripción previa de la persona individual o social.

El artículo 131, último párrafo, del Anteproyecto dispone que en los casos de sociedades mercantiles irregulares se procederá a la inscripción de los socios.

En el Registro de la Propiedad los asientos se practican:

a) En los Libros de Inscripciones, en los folios correspondientes a las fincas o derechos inscritos a favor del suspenso.

b) En los Libros de Incapitados. Se ha discutido si en este Libro únicamente han de inscribirse las resoluciones judiciales que declaran la incapacidad y, por tanto, el estado de suspensión de pagos, concurso o quiebra, o si procede también practicar en el mismo anotaciones preventivas de las resoluciones que admiten la solicitud pero no la declaran.

Este Libro fue creado por Decreto de 13 de agosto de 1863 y aunque, según hemos visto, fuera calificado por J. GONZÁLEZ de aborto del sistema hipotecario y CAMY, entre otros autores, entendiera que había que considerarlo derogado por la Ley del Registro Civil de 1957, lo cierto es que en la reforma del Reglamento Hipotecario de 12 de noviembre de 1982 se cita entre los libros que se llevarán en los Registros de la Propiedad, y que el Anteproyecto de Ley Concursal lo mantiene también en su artículo 132.

En la práctica se anotan o inscriben en el mismo, según los casos, las resoluciones judiciales correspondientes, y ello aunque el artículo 386 del Reglamento Hipotecario diga que en ese libro se extenderán los asientos relativos a las Resoluciones judiciales a que se refieren el número 4 del artículo 2 de la Ley y el 10 de su Reglamento, de cuya expresión algunos deducen que no deben practicarse en el mismo anotaciones preventivas, pero sí de otros preceptos, como el 387 del mismo Reglamento, al decir,

que “después de practicar en el Libro de Inscripciones los asientos correspondientes (que serán de inscripción o de anotación) consignarán en el de Incapacitados las circunstancias prevenidas en el artículo 55, en el que no limita para éste el asiento de inscripción, si bien sea verdad que el artículo 55 haga referencia a inscripciones, deduciéndose el criterio amplio también del artículo 388 del citado Reglamento, cuando trata de la nota al pie del mandamiento refiriéndose a las inscripciones mientras que al citar el Libro de Incapacitados se indica ‘el asiento’, pues en otro caso bastaría decir ‘efectuadas las inscripciones en los Libros de Inscripciones y en el de Incapacitados’”.

Finalmente, resulta el mismo criterio del artículo 391, que dispone que cuando la persona declarada incapaz para administrar o disponer en virtud de alguna resolución de la que se haya tomado razón en el Libro de Incapacitados, adquiera algunos inmuebles o derechos reales, el Registrador a continuación de la inscripción en que conste la adquisición de los mismos inscribirá la incapacidad con referencia a dicho libro, de lo que también resulta que aquella “toma de razón” pueda constar en inscripción o anotación.

Se concluye, pues, que en el Libro de Incapacitados se extenderán asientos de inscripción o de anotación, según proceda, criterio que se corrobora en el ya citado artículo 132 del Anteproyecto de Ley Concursal.

#### *H) Clase de asiento para la constancia registral de estas resoluciones judiciales*

Se ha discutido si las mismas han de ser objeto de inscripción o de anotación preventiva.

En el Anteproyecto de Ley Concursal se dice en su artículo 129 que en el Registro especial de concursos serán objeto de inscripción obligatoria las resoluciones judiciales y que, en tanto no sean firmes, serán objeto de anotación preventiva, sin que al referirse a los Registros Mercantil y de la Propiedad se haga similar distinción, y empleando unas veces, como en el artículo 133 refiriéndose al Registro Mercantil, la expresión “se inscribirán” y otras, como en el 133 refiriéndose al de la Propiedad, la de “se anotarán previamente o se inscribirán, en su caso”, y en el 132, que habla de “serán objeto de asiento en el Libro de Incapacitados”, sin pronunciarse sobre el tipo del mismo.

Realmente la cuestión carece de trascendencia, y la examinaremos al contemplar los distintos supuestos.

2. EXAMEN DE CADA UNO DE LOS SUPUESTOS  
DE PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA SUSPENSIÓN DE PAGOS

A) *Resolución judicial teniendo por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos*

El comerciante o entidad mercantil que pretenda se le declare en estado de suspensión de pagos deberá solicitarlo acompañando los documentos que detalla el artículo 2 de la Ley de 26 de julio de 1922, y también sus libros de contabilidad conforme previene el artículo 3 de la misma Ley.

El Juez a quien corresponda el conocimiento del expediente examinará la solicitud del comerciante, y si hubiere sido producida en forma y la acompañaran los documentos y libros indicados, tendrá por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos.

Es ésta la primera de las resoluciones judiciales dictada en el procedimiento, y el artículo 4 detalla:

a) *Su forma*, precisando que será la de providencia. El artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, se refieren al tema.

Según el primero de los preceptos citados, las resoluciones de los Tribunales y Juzgados, en los negocios de carácter judicial, se denominarán "Providencias, cuando sean de mera tramitación", siendo su fórmula, según el 370 de la misma Ley, la determinación del Juez o Tribunal, sin más fundamentos ni adiciones que la fecha en que se acuerde y el Juez o Sala que la dicte".

El precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial antes referenciado define a las providencias cuando tengan por objeto la ordenación material del proceso.

Como veremos después, al examinar el contenido de esta resolución, tiene una trascendencia jurisdiccional, hasta el punto de que parece extraño que la Ley adopte la forma de providencia para unas decisiones de tal importancia y que —sin necesidad de fundamento— se resuelvan cuestiones formales, procesales y sustantivas. Lo cierto es que esta resolución guarda una gran analogía con la providencia de admisión de la demanda.

En la práctica por regla general, esta resolución observa la forma indicada por la Ley, aunque también hemos visto en nuestra experiencia profesional algún caso en los que se ha adoptado la forma de auto.

De todas formas, puede haber algún supuesto en el que necesariamente deba emplearse esta forma de auto, como será en el caso de que denegada por el Juez la admisión de la solicitud esa providencia sea recurrida en

reposición, lo que puede dar lugar a reponer por auto la providencia de admisión.

También, cuando denegado ese recurso se apele ante la Audiencia y ésta admita la solicitud de la suspensión, habrá de hacerlo en forma de auto.

En cualquier caso esto no es materia de calificación por el Registrador y, en consecuencia, éste no puede suspender o denegar porque se adopte la forma de auto y no la de providencia.

b) *Su fecha.* Según el propio precepto, la providencia se dictará necesariamente en el mismo día de presentación del escrito, y si no fuera posible, al día siguiente.

Esto no siempre se cumple en la práctica, porque a veces no es posible hacerlo si se quiere que la providencia de admisión tenga todo el contenido previsto, ya que, por ejemplo, el nombramiento de Interventores puede requerir conocer previamente una lista de los posibles a designar, ante cuya circunstancia unas veces se opta por dictar la resolución con el resto de los pronunciamientos y dejar para una posterior el nombramiento de Interventores, y en otras demorar la misma.

Del propio modo como se decía anteriormente, el Registrador no puede rechazar la constancia registral de la providencia porque haya sido dictada fuera del plazo establecido en la Ley, o porque no contenga la totalidad de los pronunciamientos que la misma previene.

c) *Contenido.* Según el propio precepto, el Juez tendrá por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos.

Naturalmente que también puede dictar providencia denegando la solicitud, a cuyo supuesto hemos aludido antes incidentalmente al tratar de la forma de la resolución. En este caso no procederá ninguna disposición en materia registral.

Un problema que puede plantearse es si el deudor solicitante, a quien se le deniega esta solicitud y la recurre, puede pedir anotación preventiva en forma análoga a lo que ocurriría si se tratara de una demanda ordinaria. Desde luego, no son asimilables ambos supuestos, pero en todo caso en cuanto que el Registrador no puede discutir el fundamento de una resolución ni, en ese sentido, la resolución misma, si el Juez o el Tribunal superior ante el que se apela la decisión judicial la ordenare, habría de admitirse.

Volviendo a la resolución de carácter positivo, su contenido viene determinado por el propio artículo 4 de la Ley, al expresar que en este caso “ordenará que queden intervenidas todas las operaciones del deudor y a tal efecto designará tres Interventores” (aunque puede ser uno solo en algunos casos como previene el último párrafo de dicho precepto).

Ya hemos aludido antes a la posibilidad de que los Interventores sean nombrados después, y del propio precepto, al precisar las condiciones que deben reunir éstos, se deduce la posibilidad de que no sea posible hacer ese nombramiento necesariamente el mismo día de la presentación del escrito o a lo sumo al día siguiente.

d) *Firmeza de la misma.* En este caso, y teniendo en cuenta que el artículo 9 de la Ley dispone que desde que tenga por solicitada la suspensión de pagos y mientras se substancia el expediente, no se admitirá por el Juzgado pretensión alguna incidental que tienda, en forma directa o indirecta, a impugnar la providencia de la declaración judicial o a aplazar su inmediata efectividad, ordenando al Juez que rechace de plano, y sin ulterior recurso, toda pretensión deducida en ese sentido con reserva al peticionario de su derecho para reproducir su solicitud en el juicio declarativo correspondiente, resulta que la providencia es firme y, en consecuencia, aun cuando no se cumpla el requisito formal del artículo 165 del Reglamento Hipotecario y el mandamiento no exprese la firmeza de la resolución, ello no debe ser motivo para rechazar el asiento ordenado.

Cabe que se recurran algunos de los extremos de la providencia, como por ejemplo, impugnando el nombramiento de alguno o de todos los interventores nombrados, lo que contempla el artículo 5 del artículo expresado, o algunas de las disposiciones adoptadas por el Juez en orden a la amplitud de la intervención, pero en cualquier caso estos recursos no afectan a la firmeza y ejecución de la providencia que venimos examinando, sin perjuicio de que posteriormente, si se estimase la reclamación en el trámite o juicio correspondiente, se diera lugar a las modificaciones precedentes en la resolución y, en su caso, del asiento o asientos registrales que hubiere motivado.

e) *Solicitud presentada por Sociedad con acuerdo del Consejo de Administración y pendiente del acuerdo de la Junta General.* El número 5 del artículo 2 de la Ley faculta para solicitar la declaración de suspensión de pagos, en el caso de tratarse de sociedades anónimas, al Consejo de Administración, bastando certificación de haber convocado Junta de accionistas para someter a su ratificación el mencionado acuerdo.

Del contexto legal, que no excepciona este caso del tajante plazo para dictar la providencia de admisión, se deduce que cabe dictar esta providencia y ordenar su constancia registral sin haberse celebrado la expresada Junta.

Una vez celebrada y ratificada por la Junta la solicitud, resulta conveniente su constancia registral.

f) *Posesión de Interventores.* Los interventores comenzarán a ejercer su cargo a ser posible el mismo día de su designación, previa la prestación del oportuno juramento.

Si esta toma de posesión se hubiere producido al remitir el mandamiento a los Registros, debe hacerse constar expresamente con indicación de la fecha en que se hubiera producido la misma, toda vez que solamente a partir de ese momento es cuando comenzarán a ejercer el cargo. Si alguno o alguno de los Interventores hubiera tomado posesión y otros no, deberá de quedar claro quienes comienzan a ejercer el cargo.

En el caso de que tomen posesión después, entendemos que debe comunicarse a los Registros para constancia de este importante dato.

Mientras no hayan sido nombrados los Interventores, o no hayan tomado posesión de su cargo, ejercerá la intervención el Juez por todos o por aquel de ellos no nombrado o no posesionado.

Indudablemente que todos esos extremos son de clara constancia registral.

g) *Clase de asiento*. En la mente de los hipotecaristas la decisión judicial de tener por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos vendría a ser equiparable a la anotación preventiva de demanda y, en consecuencia, no se duda que el asiento procedente para la constancia registral de la providencia de admisión es el de anotación preventiva. Esa analogía es más aparente que real, ya que mientras en la anotación preventiva de demanda se anota la demanda, en la de suspensión de pagos lo que se publica por la anotación es la providencia judicial con las disposiciones que la misma adopta en orden a las limitaciones impuestas al deudor respecto de la administración y disposición de sus bienes y el nombramiento de Interventores. Ello aparte de que los efectos también sean distintos.

Indudablemente el asiento adecuado, y el que se usa en la práctica, es el de anotación preventiva.

h) *Circunstancias*. Nada se dice en la legislación hipotecaria sobre las circunstancias de esta anotación, ya que en el artículo 166 del Reglamento Hipotecario que detalla las circunstancias de las anotaciones, y en el número 4 del mismo, ha olvidado el legislador la de suspensión de pagos, y únicamente cita la de concurso y quiebra, contemplándolas a la vez que la de prohibición de disponer, expresando que se hará constar el objeto de dicha resolución y las circunstancias del que la haya obtenido y del respectivo titular; y en el número 5.º del mismo, en el caso de incapacidad pide su especie, fecha de la resolución admitiendo la demanda y las circunstancias del demandante y del titular, según el Registro.

En cuanto a las circunstancias de la anotación en el Registro Mercantil, pide el artículo 83, párrafo segundo de su Reglamento, que “el Registrador, si el comerciante aparece inscrito en el libro correspondiente, extenderá el oportuno asiento, transcribiendo la parte dispositiva de la declaración y

expresando el nombre del Juez o Tribunal que la hubiere dictado y su fecha.

En definitiva, en materia de circunstancias del asiento se siguen las normas que examinamos al tratar de las cuestiones generales.

i) *Duración.* Como toda anotación, según los artículos 86 de la Ley Hipotecaria y 199 de su Reglamento, tiene una duración de cuatro años, susceptible de una prórroga indefinida hasta que termine el procedimiento. La prórroga ha de acordarse y ordenarse dentro del plazo de vigencia de la anotación.

j) *Efectos de la resolución declarando admitida la solicitud de suspensión de pagos.* La Ley de Suspensión de Pagos rebasó el contenido que le asignaba el artículo 873 del Código de Comercio que hacía objeto de la anunciada Ley especial “los trámites”, es decir, lo referente al procedimiento, regulando aspectos y efectos sustantivos de la suspensión de pagos y remitiéndose, además, en algunos supuestos, a normas del Código Mercantil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas a la quiebra.

La resolución judicial admitiendo la solicitud de declaración de suspensión de pagos, que publica el asiento que hemos examinado tanto en los Registros Mercantiles como en los de la Propiedad, produce los efectos que se deducen, fundamentalmente, de los artículos 4 y 9 de la Ley, y de los que vamos a examinar los del último de los preceptos citados en cuanto que hacen referencia más directa al tema que ahora examinamos.

El párrafo 4 del artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos dispone que “los juicios ordinarios y los ejecutivos en que no se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados, que se hallen en curso al declararse la suspensión de pagos, seguirán su tramitación hasta la sentencia, cuya ejecución quedará en suspenso mientras no se haya terminado el expediente”.

Dentro del contenido de esta norma vamos a considerar las reclamaciones por créditos anteriores a la solicitud de suspensión y las reclamaciones por créditos posteriores a la misma y, en cada uno de ellos, los juicios ordinarios, los ejecutivos, los embargos y los apremios por créditos privilegiados.

Aun cuando el precepto transcrito hace referencia al momento de la declaración de la suspensión de pagos (es decir, a la resolución judicial que declara al comerciante en tal estado, y no a la que admite su solicitud de declaración), la tratamos aquí con el fin de clarificar nuestra postura en la cuestión debatida y polémica de si se impide o no la tramitación ante los Juzgados de reclamaciones aisladas frente a quienes han solicitado procesalmente la suspensión de pagos, pero que aún no han alcanzado la declaración judicial de tal estado, es decir, en la situación que algunos denominan como de presunción de suspensión de pagos.

Desde que se tiene por solicitado la suspensión de pagos, hasta el auto de declaración de tal estado transcurre tiempo (pensemos que el artículo 8 de la Ley de Suspensión previene que los Interventores en el término que el Juez señale, que no será inferior a veinte días ni superior a sesenta, deben emitir informe previo a ese auto), y si durante ese tiempo, que en la práctica es bastante mayor a los sesenta días por notificaciones, escritos, etc., siguen admitiéndose juicios ordinarios o ejecutivos de acreedores que, lógicamente, estarán en la lista presentada por el deudor, ello daría lugar a problemas cada día más difíciles de resolver, aparte de devengarse costas que serían créditos posteriores a la suspensión.

Sentencias de Audiencias Territoriales confirman la posibilidad de tramitar tales demandas, lo que efectivamente no está prohibido por la Ley, y de hecho se admiten por muchos Juzgados basándose en la expresión literal de la norma que se refiere a la declaración y no a la admisión, en tanto que otras rechazan tal posibilidad.

Así, la Sentencia de la Audiencia de Madrid de 8 de julio de 1982 declaró que no desde la declaración judicial del estado de suspensión de pagos, sino desde la providencia teniendo por hecha la solicitud de tal declaración, no puede darse lugar a la ejecución de los juicios ejecutivos que estuvieren en curso, ni consecuentemente admitirse a trámite los que se insten después, pues la masa pasiva debe permanecer inalterada a partir de la solicitud, Sentencias de 1 de marzo de 1929 y 7 de febrero de 1957, ya que aquella providencia origina la cuasi ocupación de los bienes del deudor y convierte en concursales los créditos de los acreedores, impidiendo la ejecución singular que conlleva el requerimiento de pago del artículo 1.442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no factible de verificarse por el Juzgado al suspenso, ni atenderse por éste, imposibilitado como se encuentra por la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 6 de la misma Ley sin el acuerdo de los Interventores y, en definitiva, estimación contraria favorecería a unos acreedores en perjuicio de los restantes y del mismo suspenso al disminuir el patrimonio de éste.

En el mismo sentido, el Auto de la Audiencia de Barcelona de 9 de marzo de 1978 declaró que desde que se presenta la solicitud de suspensión de pagos no puede deducirse acción alguna sobre el patrimonio del suspenso, a no ser que se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados, y la Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 7 de diciembre de 1983, según la cual, iniciado el juicio ejecutivo cuando ya estaba solicitada la suspensión de pagos, aun cuando no hubiera sido aún declarada, el juicio ejecutivo ha de ser declarado nulo, pues aunque la Ley especial permite que prosigan hasta sentencia los procesos iniciados con anterioridad, esta excepcionalidad no ha de aplicarse cuando la situación de suspensión sea anterior a la presentación de la demanda, ya que en

estas condiciones no puede tener efecto el requerimiento de pago y embargo propios del juicio ejecutivo. Si el crédito está reconocido en la relación de acreedores, no tendría objeto el juicio ejecutivo, y si no lo estuviere, el carácter universal de la suspensión exige que se siga el procedimiento incidental previsto para estos casos.

Existen, no obstante, sentencias contrarias a este criterio, como la de 22 de septiembre de 1981 de la Audiencia de Albacete.

La doctrina científica, de una manera casi unánime, rechaza la posibilidad de demandas desde la providencia de admisión de la solicitud, y así RIVES Y MARTI (47) sostiene que contra la letra escrita, que remite a la "declaración de suspensión de pagos", debe prevalecer el mejor criterio que surge del espíritu de la Ley y de su correcta interpretación, ya que las ejecuciones de todas clases deben quedar paralizadas desde el instante en que el suspenso solicite la iniciación del expediente para ser declarado en tal estado, añadiendo el citado autor (48) que desde que se dicta la providencia admitiendo a trámite la suspensión de pagos es preciso que el activo se mantenga intacto como máxima garantía del cumplimiento del convenio, el cual no puede sufrir merma alguna por la acción ejecutada por cualquiera de los acreedores.

En el mismo sentido, TORRES CRUELLES (49) dice que la Ley de Suspensión de Pagos incurre en un error al afirmar que el impedimento de las acciones individuales surge al tiempo del auto declaratorio de la suspensión (50), y se pronuncia de manera rotunda por la inadmisión de demandas desde la admisión a trámite del procedimiento; y el mismo SAGRERA TIZÓN (51) plantea el problema y resalta cómo del texto legal no se deduce en forma alguna la posibilidad o la prohibición de instar nuevos procedimientos, ya que la Ley remite a los procedimientos en curso al declararse la suspensión de pagos, pero silencia la posibilidad de instar otros nuevos y también los que se hallen en curso al solicitar el deudor que se le declare en dicho estado de suspensión de pagos, si bien el citado autor (52) dice que se inclina abiertamente por la doctrina sentada por la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 5 de octubre de 1967 que sostuvo la improcedencia de admitir demandas contra el deudor desde que se acepta a trámite el expediente.

---

(47) RIVES Y MARTI: *Ob. cit.*, pág. 71.

(48) *Ob. cit.*, págs. 126-127.

(49) TORRES CRUELLES: *Ob. cit.*, pág. 321.

(50) SANTIAGO AGUILAR CANOSA: *Revista General de Derecho*, núm. 201, junio 1981, págs. 521-525.

(51) SAGRERA TIZÓN: *Ob. cit.*, tomo II, pág. 65.

(52) *Ob. cit.*, tomo II, pág. 75.

Citemos como opinión contraria la de GUASP (53), que admite el ejercicio de esas acciones individuales.

Concluyendo: nos inclinamos por la inadmisión desde la providencia de solicitud y no desde la resolución declarando el estado de suspensión de pagos.

La norma se refiere expresamente a los juicios ordinarios y a los ejecutivos en los que no se persigan bienes especialmente hipotecados, pero conviene distinguir cada supuesto:

a') Juicios ordinarios. Es verdad que, teniendo en cuenta la rapidez con que se dictan las sentencias en los juicios ejecutivos, los autores se han detenido especialmente en rechazar el ejercicio de acciones individuales incoadas por dicha vía y se han ocupado menos de los juicios ordinarios, pensando tal vez que sus largos trámites no adelantarían a los propios de la suspensión, por lo que sería casi imposible lograr sentencia a tiempo de esgrimir un derecho de reconocimiento del crédito o de un determinado privilegio de abstención o de prelación del mismo; pero, con todo, el problema existiría, ya que si esa sentencia llega a pronunciarse antes del convenio nos encontraríamos con una indudable repercusión en éste, máxime si se anotó la demanda.

Si tenemos en cuenta que el deudor ha de presentar una relación nominal de sus acreedores, con expresión de la naturaleza del crédito, es preciso concluir que tanto si el acreedor figura en esa relación o en el balance, en ambos casos le queda vedado el camino del planteamiento de un juicio declarativo sobre esa cuestión, y ello porque de un lado el propio artículo 9, en sus párrafos primero y segundo, previene que desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos y mientras se sustancia el expediente, no se admitirá por el Juzgado pretensión incidental alguna que tienda, en forma directa o indirecta, a impugnar la procedencia de tal declaración judicial o a aplazar su inmediata efectividad, reservando para el juicio declarativo correspondiente su derecho a reproducir su solicitud; y este juicio declarativo no es otro que el del artículo 12 de la Ley para el caso de que exista controversia sobre el crédito de que se trate.

Otro argumento lo da el propio párrafo cuarto del artículo 9 de la Ley cuando habla de los "juicios... que se hallaren en curso", con lo que, implícitamente, está prohibiendo el inicio de otros, por cuanto si no se puede ejecutar la sentencia y lo único que puede perseguirse es la declaración de un crédito y éste se ha reconocido, el procedimiento carecería de objeto, ya que la jurisprudencia es vacilante en cuanto se refiere al inicio de procesos ejecutivos durante el período comprendido entre la solicitud

---

(53) GUASP: *Derecho Procesal Civil*, tomo II, Madrid, 1956, pág. 1270.

y la declaración judicial de suspensión de pagos, pero es totalmente conforme cuando se trata de accionar tras la declaración.

Si el artículo 12 de la Ley dice que contra la resolución judicial aprobando la lista definitiva de acreedores no cabe recurso alguno, sin perjuicio del derecho del acreedor cuyo crédito no ha sido admitido (o que haya sido calificado en forma disconforme con el acreedor) a ejercitar en el juicio correspondiente su derecho, ha de entenderse que solamente ese juicio especial es el que la Ley permite.

Se llega así a la conclusión, por el principio de *pars conditio creditorum* de la suspensión de pagos, de que no hay duda que desde el momento que se solicite la declaración de la suspensión de pagos el Juez no debe admitir ninguna demanda en reclamación de créditos o de su calificación, ya que todos los acreedores son remitidos por igual a la Ley del convenio. Y respecto de los que estuvieran en curso al tiempo de solicitarse tal declaración, continuarán su tramitación hasta sentencia y se paralizará su ejecución, afirmando NAVARRO VILLARROCHA (54) que "el acreedor que obtuviera la sentencia no tendrá, sin embargo, preferencia alguna sobre los demás acreedores y aún tendrá que estar a las resultas del convenio y su crédito recibirá el trato que sin tal sentencia hubiera merecido".

b') Juicios ejecutivos en los que no se persiguen bienes especialmente hipotecados. En la ejecución singular los supuestos de colisión de derechos entre el ejecutante y los demás acreedores han de resolverse por la vía de las tercerías. En efecto, la ejecución aislada se realiza en interés exclusivo del acreedor a cuya instancia se sigue el procedimiento, y los demás acreedores sólo tienen derecho a intervenir como terceristas, bien de dominio, si discuten la propiedad de la cosa embargada, o bien de mejor derecho para demostrar el suyo a ser reintegrados en sus créditos con preferencia al acreedor ejecutante, destinándose el precio de la venta a pagar el crédito de uno u otro, según a quien se haya declarado con derecho preferente; y en el caso de concurrir varios acreedores con igual derecho, se decidirá por la respectiva prioridad en la fecha del embargo.

En la ejecución colectiva las colisiones se resuelven por el principio de la igualdad entre los acreedores, dejando sin aplicación el de la prioridad; y para conseguirlo se acude a los procedimientos universales que logran esa unidad y universalidad por diversos caminos.

En la quiebra, el artículo 1.379 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo resuelve al disponer que la acumulación al juicio de quiebra de los pleitos pendientes o que se promuevan contra la masa se acomodará a las reglas establecidas para este caso en el concurso.

---

(54) Pedro NAVARRO VILLARROCHA: "Comentarios al artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos", en *Revista General de Derecho*, diciembre 1973, pág. 1136.

En el concurso de acreedores, cuando se declara tal situación se acumulan al concurso todas las ejecuciones pendientes contra el concursado, tanto las que se sigan en el mismo Juzgado como en otros, salvo que se trate de ejecutivos en los que se persigan bienes hipotecados que, según el artículo 166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no quedan comprendidos en la acumulación.

Según el artículo 1.173 de la propia Ley, se lleva a efecto esa acumulación, cuando proceda, por los trámites del 1.186 de la misma.

En los procedimientos de quita y espera, dentro del concurso de acreedores, no se da esta acumulación, sino la suspensión de los procedimientos; y así la Ley Procesal previene en su artículo 1.135 que “si hubiere ejecuciones pendientes contra el deudor no se acumularán a este procedimiento, pero se suspenderán su curso cuando se hallen en vía de apremio antes de proceder a la venta de los bienes si el deudor lo solicitare del Juez que conozca de la quita y espera, el cual lo comunicará a los otros por medio de oficio, precisando el artículo siguiente, 1.136, que se exceptúan de la disposición anterior las ejecuciones despachadas contra bienes especialmente hipotecados. La suspensión que se acuerde en virtud de lo ordenado en el artículo anterior se tendrá poralzada de derecho cuando hayan transcurrido dos meses sin que hubiera sido otorgada la quita o espera o luego que fuera denegada”.

En la suspensión de pagos se sigue un procedimiento similar al expresado para la quita y espera para conseguir la unidad de actuación, estableciéndose que ningún acreedor pueda entablar acciones judiciales individuales y que han de suspenderse las que tengan ese carácter ya iniciadas, organizándose un procedimiento colectivo en interés común, adoptándose los convenientes medios de publicidad con el objeto de que se personan los acreedores ausentes y los que ignoren el estado en el que se ha constituido el comerciante. En este procedimiento colectivo se limita al comerciante la administración de sus bienes hasta el punto de que no podrá realizar pago alguno si el concurso de los Interventores, quedando por la universalidad del proceso todos los bienes del deudor, cualquiera que sea su naturaleza y procedencia, a disposición de todos sus acreedores.

La suspensión de pagos exige la previa paralización de las ejecuciones individuales hasta el punto de que ese efecto es el que sirve para dar nombre al procedimiento, paralización que ha de durar lo que dure la tramitación y, por tanto, también durante el cumplimiento del convenio.

El artículo 934 del Código de Comercio, al tratar de la suspensión de pagos de las empresas de ferrocarriles y demás obras públicas, que no se rige por la Ley de Suspensión de Pagos, dice que “la declaración de suspensión de pagos hecha por el Juez o Tribunal producirá como efecto el suspender los procedimientos ejecutivos y de apremio”.

En el proyecto de Ley de Suspensión de Pagos enviado a las Cortes el 20 de marzo de 1922 se establecía que “los juicios ordinarios en curso al tiempo de declararse el estado de suspensión de pagos seguirán sus respectivos procedimientos hasta sentencia cuya ejecución quedará en suspenso mientras no se haya terminado el expediente... Las ejecuciones por créditos comunes vencidos y reclamados con anterioridad a la solicitud de la suspensión continuarán también su curso, pero no podrán despacharse en ellas mandamientos de embargo ni decretarse medidas de aseguramiento de los bienes perseguidos”.

c') Juicios planteados con posterioridad a la suspensión por créditos también posteriores.

La continuidad del negocio que generalmente lleva consigo la suspensión de pagos hace que el suspenso pueda llevar a cabo operaciones mercantiles (con el concurso de los Interventores o del Juez, pues en otro caso serían nulos e ineficaces), de las cuales se deriven deudas. Estas son deudas reclamables por los acreedores, pero no se trata de créditos o deudas concursales, sino de la masa, y por ello pueden ser objeto de reclamación y producir embargos contra inmuebles.

d') Juicios ordinarios o ejecutivos en los que se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados.

No se suspenden y siguen su curso, artículo 132 de la Ley Hipotecaria y artículo 9 de Suspensión de Pagos.

Concretándonos a la hipoteca inmobiliaria y lo mismo respecto de la mobiliaria, tenemos que el artículo 132 de la Ley Hipotecaria para la primera establece, refiriéndose al procedimiento judicial sumario de los artículos 129 y siguientes de la propia Ley, que no se suspenderá por la muerte del deudor o del tercer poseedor, ni por la declaración de quiebra o concurso de ellos. El artículo 10 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, reguladora de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, dice que en caso de quiebra no se incluirán en la masa los bienes hipotecados o pignorados mientras no sea satisfecho el crédito garantizado, sin perjuicio de llevar a aquélla el sobrante del precio obtenido en la subasta. Y esto tanto si están ya iniciados como si se inician después.

Igualmente si se trata de juicios declarativos o ejecutivos ordinarios en los que se persigan los bienes hipotecados o pignorados.

En todos ellos ha de hacerse requerimiento de pago a los Interventores, toda vez que el deudor no puede realizar ningún pago sin su acuerdo; y lo mismo ha de decirse respecto de notificaciones como tercer poseedor o titular de segundas hipotecas o de otros gravámenes, ya que constará la existencia de la suspensión al expedirse la certificación de cargas.

De todas formas, si se ejercita acción personal y no hipotecaria o en cuanto al exceso sobre la cifra garantizada por la hipoteca o prenda, el

procedimiento seguirá las normas comunes de inadmisión o de paralización.

## Embargos

Dispone el artículo 9, párrafo quinto, de la Ley de Suspensión de Pagos que “desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos, todos los embargos y administraciones judiciales que pudiera haber constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados quedarán en suspenso y sustituidos por la intervención de los Interventores, mientras ésta subsista, con arreglo a las normas que señale el Juzgado”.

Aparte de cuanto llevamos dicho es preciso hacer constar:

a) Que de una manera expresa se dice que la norma afecta a los embargos “desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos” y, por tanto, no les afecta la discusión que veíamos en relación con los juicios iniciados con posterioridad a ese momento hasta la declaración del estado de suspensión.

b) Que la norma constituye otro argumento más en favor de la tesis que sosteníamos de no admisión de procedimientos judiciales ordinarios o ejecutivos con posterioridad a la iniciación del expediente, en cuanto que sería absurdo que los embargos acordados quedaran en suspenso y pudieran surtir efecto los que se decretaren después de iniciado el expediente.

c) Los trámites de todo embargo pueden sintetizarse diciendo que despachada la ejecución se requerirá de pago al deudor, y caso de no atenderlo se procederá a embargarle bienes suficientes a cubrir la cantidad por la que se haya despachado la ejecución y las costas, y tratándose de bienes inmuebles se tomará anotación en el Registro de la Propiedad.

Pues bien, admitida a trámite la solicitud de suspensión de pagos, el deudor no puede atender al requerimiento de pago, en cuanto que necesita el acuerdo de los Interventores para toda obligación que pretenda contraer y para celebrar todo contrato o verificar todo pago, según la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 6 de la Ley especial, llegando a decirse en la consulta de la Fiscalía del Tribunal Supremo (55) que si el solicitante de la suspensión atendiera el requerimiento y pagara podría incurrir en responsabilidad penal.

Del propio modo, tampoco los Interventores pueden autorizar pago a un acreedor singular, sino que todos han de estar y pasar por el convenio.

Por todo ello, una vez admitida la solicitud de suspensión de pagos no es posible acordar embargos o despachar ejecución.

---

(55) Consulta número 7 de 1976 Fiscalía del Tribunal Supremo publicada en el *Anuario de Derecho Penal*, septiembre-diciembre 1977, pág. 738

Conviene recordar aquí que el embargo o traba de bienes por diligencia judicial tiene sustantividad propia y genera una obligación personal a favor del acreedor, que ha de suspenderse si consta admitida la solicitud de suspensión, ya que a partir de tal momento ningún acreedor puede accionar aisladamente y su crédito debe ser incluido en la masa total sin privilegio de clase alguna, salvo los que le correspondan por la calificación especial del crédito, por lo que debe suspenderse o dejar sin efecto la diligencia de embargo y paralizar las actuaciones sin dar lugar a otras nuevas, ya que ese embargo ha de quedar sustituido por la actuación de los Interventores.

Esta paralización de las acciones de ejecución singular trae como consecuencia que los créditos particulares de los acreedores pasan a ser créditos concursales, dejan de devengar intereses y quedan con la única posibilidad de ser insinuados en el proceso de suspensión de pagos.

d) Esta paralización de los embargos afecta a todos cualquiera que sea el procedimiento en que puedan acordarse o su especie, o sea, tanto a embargos preventivos, embargos en juicio ejecutivo, en ejecución de sentencias y administraciones judiciales, pero no a embargos o procedimientos nacidos de procedimientos fiscales o administrativos, en cuanto que la Ley habla sólo de “procedimiento, embargos o administraciones judiciales”, entendiendo la doctrina que tampoco se refiere a los embargos y administraciones laborales decretadas por Magistratura de Trabajo y Tribunales de esta jurisdicción, si bien ello debe revisarse a la luz del principio de unidad de jurisdicción que proclaman los artículos 26 y 92 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio.

En todo caso, lo referente a apremios fiscales y laborales lo examinaremos en otro apartado.

Lo que se suspende es la posibilidad de acordar embargos y despachar ejecución, quedando paralizada la facultad de seguir las que se encuentren pendientes y, asimismo, el instar otras nuevas.

El artículo 15 del Anteproyecto de Ley concursal previene: “Desde la apertura del concurso, el Juez ejercerá jurisdicción, con carácter exclusivo y excluyente, sobre el patrimonio del deudor. Ninguna otra jurisdicción o autoridad podrá seguir ejecuciones ni acordar embargos contra los bienes del deudor por créditos concursales, quedando en suspenso durante la tramitación del concurso los que se hubieren iniciado o practicado, sin perjuicio de la preferencia que, en su caso, puedan tener dentro del concurso los créditos correspondientes. Cualesquiera otras medidas que se adopten por jurisdicción o autoridad competente y afecten a tales bienes habrán de ser puestas en conocimiento del Juez del concurso con carácter urgente.

## Créditos privilegiados

El párrafo quinto del artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, después de regular lo referente a los embargos y administraciones que antes hemos examinado, dice que “todo lo cual se entenderá sin menoscabo de los acreedores privilegiados y del dominio al cobro de sus créditos”.

No procede aquí hacer una exposición detallada de los créditos privilegiados, pero debe recordarse:

a) Que a los mismos se refieren los artículos 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos.

b) Que su efecto fundamental es que no se trata de créditos concursales y, en consecuencia, que pueden abstenerse de concurrir a la Junta de acreedores, no afectándoles el convenio; pero que si concurren quedan obligados por el mismo.

c) Que dentro de estos créditos singularmente privilegiados forman un grupo aparte los que la misma Ley de Suspensión de Pagos, en el precepto transcrito, llama indebidamente acreedores de dominio, que no son tales acreedores, sino propietarios de bienes que no pertenecen al suspenso y, por tanto, han de excluirse de la masa de la quiebra incoando tercería de dominio o el juicio declarativo correspondiente.

d) Que dentro de los créditos privilegiados e independientemente de los hipotecarios o pignoratícios a los que ya nos hemos referido anteriormente se encuentran los “créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad vencida y no pagada de los impuestos que graviten sobre ellos (art. 1.923.1.º del Código Civil)”; y con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, “los créditos a favor de la provincia o del municipio por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el artículo 1.923.1.º (art. 1.924.1.º del mismo Código Civil)”.

En el artículo 71 de la Ley General Tributaria y en el 57 del Reglamento General de Recaudación se concede preferencia a la Hacienda Pública, en armonía con los preceptos expresados, “para el cobro de las deudas tributarias no satisfechas correspondientes al año natural en que se ejercita la acción administrativa de cobro y el inmediato anterior”, es decir, un máximo de dos años, no quedando protegidas las anualidades anteriores, para cuya garantía podrá exigirse hipoteca expresa de acuerdo con el artículo 194 de la Ley Hipotecaria y Regla 20 de la Instrucción General de Contabilidad; pero en tal caso la prelación no afectará a los terceros que hubieran inscrito su derecho con anterioridad a la inscripción de la hipoteca, conforme declaró la Resolución de la Dirección General de los Registros de 20 de enero de 1960.

Los créditos a favor de la Hacienda Pública no comprendidos en la norma de la hipoteca legal tácita han de seguir la tramitación como los créditos comunes, si bien por lo que se refiere al asunto que nos ocupa, dice la Regla 49.2 de la Instrucción de Contabilidad aprobada por Decreto 2260/1969, de 24 de julio, desarrollando el artículo 93 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Decreto 3154/1968, de 14 de noviembre, que “el procedimiento de apremio no será acumulable a los judiciales ni se suspenderá aunque el deudor comerciante haya solicitado declaración de hallarse en suspensión de pagos o el deudor no comerciante haya solicitado judicialmente de sus acreedores quita o espera de ambas cosas, presentándose en concurso de acreedores. Respecto de los bienes embargados en procedimiento de apremio con anterioridad a la declaración de concurso o de la quiebra del deudor, la Administración continuará la tramitación de aquél, sin que dichos bienes puedan comprenderse en la masa del juicio universal correspondiente”.

De lo anterior se deduce que en caso de suspensión de pagos o quiebra anteriores a la traba y embargo de Hacienda, esta última ha de comparecer en el procedimiento universal sin perjuicio de conservar la prelación que la corresponda por sus créditos, que habrán de ser hechos efectivos a través de la jurisdicción ordinaria, mientras que si el apremio fiscal es anterior a la suspensión no se suspenderá el procedimiento de apremio, sin que los bienes trabados o embargados puedan comprenderse en la masa del juicio universal correspondiente.

Un supuesto que oscurece la doctrina que se desprende tanto de los preceptos invocados como de los numerosos Decretos de competencia y de la jurisprudencia de conflictos entre la Administración y la jurisdicción ordinaria viene representado por el artículo 277 del Reglamento del Impuesto de Sociedades, aprobado por Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, que ordena el cierre de la hoja registral, modificando y extralimitando el contenido del Decreto de 29 de noviembre de 1968 y de la Orden complementaria de 17 de enero de 1970, en que se regulaba la baja provisional en el índice de empresas de las que tengan débitos fallidos con la Hacienda, y que establecían la obligación de la Administración Tributaria de notificar, por mandamiento, al Registro Mercantil el acuerdo dictado, y el deber de este Registro de extender en la hoja abierta a cada sociedad una nota marginal haciendo constar que en lo sucesivo cualquier acto relativo a esa sociedad que se presente a inscripción se notificará a la Delegación de Hacienda.

e) Otros créditos privilegiados son los derivados del trabajo personal y de los regímenes obligatorios de Seguridad Social, comprendidos dentro del epígrafe general de “Créditos laborales”, contemplados en los apartados D) y E) del artículo 1.924 del Código Civil.

Dentro de ellos, cabe distinguir entre los créditos salariales y los de Seguridad Social.

La preferencia de los créditos salariales viene determinada actualmente por el artículo 32 del Estatuto, Ley 8/1980, de 10 de marzo, según el cual:

1. Los créditos por salarios en los últimos treinta días de trabajo, y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.
2. Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.
3. Los créditos salariales no protegidos en los números anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados y gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley Hipotecaria, sean preferentes.
4. Las preferencias reconocidas en los números precedentes a los créditos salariales serán de aplicación tanto en el supuesto de que el empresario haya iniciado un procedimiento concursal como en cualquier otro en el que concurran con otro u otros créditos sobre bienes del empresario.
5. Las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que puedan ser adeudadas no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal.
6. El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos.

En el artículo 33 del propio Estatuto se establece que el Fondo de Garantía Salarial abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios, y que todos los procedimientos concursales, desde el momento que se tenga conocimiento de la existencia de créditos o se presuma la posibilidad de su existencia, el Juez, de oficio o a instancia de parte, citará al Fondo de Garantía Salarial, sin cuyo requisito no asumirá éste las obligaciones señaladas. El Fondo se personará en el expediente como responsable legal subsidiario del pago de los citados créditos, pudiendo instar lo que a su derecho convenga y sin perjuicio de que, una vez realizado, continúe como acreedor en el expediente.

El Tribunal Central de Trabajo, en Sentencia de 16 de diciembre de 1982, entendió que no significa el privilegio salarial que la Magistratura prosiga la ejecución iniciada, pese a la existencia de un procedimiento de quiebra, sino a que sean trasladados los créditos en ejecución al juicio universal para su graduación y pago dentro de ella; pero, incluso, con la obligatoria citación al Fondo de Garantía Salarial del artículo 33 del Estatuto y el previo pago por éste de los salarios, no aparece de los textos legales que en todo caso deba resolverse el tema dentro del procedimiento concursal.

No obstante lo anterior, es preciso citar el Auto de 18 de mayo de 1983 dictado por el Presidente de la Audiencia Territorial de Bilbao en recurso gubernativo interpuesto contra nota denegando la anotación de embargo ordenada en un mandamiento de Magistratura de Trabajo que adjudicó un inmueble hipotecado y ordenó la cancelación de la hipoteca, en el que, aparte de otros argumentos, se declara que el "superprivilegio establecido en el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores no opera, ni puede operar, en forma automática, desconociendo y arrollando derechos protegidos por la fe pública registral, que se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales, como declara el artículo 1.º de la propia Ley Hipotecaria, sino que requiere un previo reconocimiento judicial en proceso seguido ante la jurisdicción ordinaria, con intervención del acreedor hipotecario".

Por lo que se refiere a los créditos por cuotas de Seguridad Social, el artículo 58 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, dispone que "las cotizaciones a la Seguridad Social gozarán de la prelación establecida en el apartado segundo, inciso E), del artículo 1.924 del Código Civil, y en el inciso D) del apartado primero del artículo 913 del Código de Comercio".

Dejando aparte que el Código Civil establece una preferencia para las cuotas del último año y el Código de Comercio para las de los últimos seis meses, únicamente digamos que tal concepto de crédito privilegiado le otorga la posibilidad de instar o continuar la ejecución y el derecho a no comparecer en el procedimiento de suspensión de pagos y de abstenerse de participar en la Junta de acreedores, por lo que no le afectará el convenio.

### **Efectos en relación con el "cierre registral"**

La cuestión de si la anotación preventiva de suspensión de pagos produce o no el "cierre registral" ha sido objeto de muy contradictorias opiniones doctrinales e, incluso, de la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros, y no es en absoluto pacífica.

SAGRERA TIZÓN (56) afirma que todas cuantas anotaciones se pretenda tengan acceso al Registro con posterioridad a la anotación de la suspensión de pagos deberán ser rechazadas, incluso tratándose de acreedores preferentes, sin prejuzgar los posibles derechos de abstención que puedan corresponderles, aunque otros autores, como, por ejemplo, Pedro NAVARRO VILLARROCHA (57) sostengan que pueden y deben ser admitidas todas las anotaciones que se pretendan aun cuando conste en el Registro la anotación de la suspensión de pagos, no faltando opiniones intermedias, como en cierta manera puede catalogarse la última postura de la Dirección General de los Registros.

Conviene, sin embargo, distinguir según se contemple el problema en relación con actos dispositivos de suspenso otorgados con anterioridad a la fecha de la anotación de suspensión o con posterioridad a dicha fecha, y entre anotaciones de demanda y anotaciones de embargo.

a) *Actos dispositivos otorgados por el deudor con anterioridad a la constancia registral de la resolución judicial de admisión de solicitud de suspensión de pagos.*

Respecto de ellos no se produce "cierre registral", y así lo declaró la Resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de junio de 1943, que consideró inscribible una escritura de segregación y concesión de opción de compra otorgada por una sociedad anónima cuando con posterioridad al otorgamiento, pero antes de ser presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad, aparecía extendida la anotación preventiva de suspensión de pagos de dicha sociedad, si bien arrastrando la existencia de la anotación.

b) *Actos dispositivos otorgados por el deudor con posterioridad a la constancia registral de la resolución judicial de admisión de la solicitud de suspensión de pagos.*

Si los mismos se han otorgado cumpliendo las normas de la suspensión, o sea, con el acuerdo de los Interventores o por quien deba representar al suspenso en el caso de que éste haya perdido la administración y disposición de sus bienes, tienen acceso al Registro, con la misma circunstancia de hacerse constar la existencia de la anotación de suspensión de pagos en el asiento correspondiente.

---

(56) SAGRERA TIZÓN: *Ob. cit.*, tomo I, págs. 383-384.

(57) Pedro NAVARRO VILLARROCHA: "Las anotaciones de la providencia de admisión a trámite de la suspensión de pagos", en *Revista General de Derecho*, tomo XXXV, enero-febrero 1979, núms. 412-413, pág. 19.

En el caso de que no concurren esas circunstancias se ha de rechazar el título; pero en realidad, como ya hemos dicho, no por un efecto de cierre registral, sino porque la falta de esos requisitos implicará la nulidad o ineficacia del título que pretende acceder al Registro.

c) *Anotaciones de demanda.*

Las anotaciones de demandas de nulidad de contratos que se refieran a bienes inmuebles del suspenso o declarativos sobre existencia o calificación de créditos, exclusión o inclusión de bienes, pueden practicarse aun cuando conste ya anotada la suspensión de pagos. En definitiva, se trata de algunos de los procedimientos a los que aluden los artículos 9, 12, 16 y 20.

d) *Anotaciones preventivas de embargo.*

También en este punto existe discrepancia entre las opiniones doctrinales.

La Dirección General de los Registros se ha enfrentado con la cuestión en varias ocasiones, si como bien dice FERNÁNDEZ CABALEIRO (58), la solución que ofreció no se caracteriza por su uniformidad.

La Dirección General ha resuelto en nueve ocasiones recursos gubernativos contra notas denegatorias de anotaciones preventivas de embargo en base a constar anotada previamente la suspensión de pagos del deudor embargado.

De ellas, en las de 14 y 26 de noviembre de 1968, que contemplaban la anotación preventiva de embargo acordadas en procedimiento ejecutivo de letras de cambio incoado por acreedor particular en reclamación de crédito común, la doctrina de la Dirección fue tajante y contundente, denegando la práctica de la anotación sin distingos ni salvedades.

En las demás ocasiones se trataba de embargos acordados en apremios fiscales en reclamación de créditos comunes o no privilegiados.

En la primera, de 15 de febrero de 1962, y, por tanto, anterior a las precedentes, se revocó la nota del Registrador, confirmando el auto Presidencial, declarando haber lugar a la anotación preventiva ordenada; y en las demás se declara no haber lugar a la anotación, suspendiendo su práctica, en base a que el mandamiento no contenía la expresión de que la ejecución se paralizaría hasta la terminación del expediente.

---

(58) Eugenio FERNÁNDEZ CABALEIRO: "Comentarios a las Resoluciones de 1971", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 489, pág. 408.

De un sucinto examen de las distintas Resoluciones, resulta:

a) La de 15 de febrero de 1962 resolvió confirmando el Auto del Presidente de la Audiencia Territorial que había revocado la nota del Registrador imponiéndole las costas (extremo este último que no aparece confirmado por la Dirección), y declaró la procedencia de la anotación preventiva de embargo por considerar que el efecto primordial de la situación de suspensión de pagos consiste en paralizar el ejercicio de las acciones individuales de los acreedores para el cobro de sus créditos, si bien, con arreglo al artículo 9.º de la Ley, los juicios ordinarios y ejecutivos que se hallaren en curso al declarar la suspensión de pagos seguirán su tramitación hasta la sentencia; y como quiera que a estos efectos los procedimientos administrativos de ejecución se equiparan a los judiciales, dada la naturaleza cautelar y de garantía que el embargo supone, cabe estimar que la anotación podrá realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho.

b) Las Resoluciones de 14 y 26 de noviembre de 1968, confirmando las notas del Registrador y los Autos del Presidente de la Audiencia Territorial, declararon que no procedía la práctica de la anotación preventiva de embargo cuando ya figuraba anotada la suspensión de pagos con unos razonamientos que pueden sintetizarse del siguiente modo:

— Porque en la suspensión de pagos es esencial la situación de igualdad en la que se han de encontrar todos los acreedores que no tengan el carácter de privilegiados, lo que les obliga a la paralización de todas las acciones individuales que pudieran ejercitar para, en su lugar, proceder mediante una actuación colectiva a la obtención del correspondiente convenio que se impondrá a todos los interesados, incluso a los ausentes o a los que no intervinieran, ya que de otra forma éstos, como declaró la Sentencia de 4 de julio de 1966, podrían resultar favorecidos si cobraban su crédito con preferencia, en cuanto al tiempo y la cuantía, a los demás de la misma condición.

— Porque el mismo artículo 9.º, en su párrafo 4.º, procura que se logren los efectos señalados al establecer que los juicios sigan su tramitación, pero que su ejecución quede en suspenso hasta que haya terminado el expediente, pues de esa manera el acreedor podrá obtener un título a su favor, pero sin que ello suponga una disminución del patrimonio del suspenso, que ha de permanecer inalterado para servir de garantía común a todos los acreedores.

— Porque el mismo artículo 9, en su párrafo siguiente, ordena la suspensión de todos los embargos y administraciones judiciales, una vez que se haya solicitado la suspensión de pagos y que sean los Interventores quienes actúen a partir de ese momento, los cuales dentro de su función no

podrán lícitamente satisfacer aisladamente un crédito a un acreedor singular, razones todas ellas que obligan a concluir que no podía practicarse la anotación de embargo solicitada.

c) La Resolución de 14 de diciembre de 1971 confirma la nota del Registrador y el Auto presidencial en base a los siguientes argumentos:

— Porque una de las limitaciones que expresamente se imponen al suspenso es la de que necesita el acuerdo de los Interventores o autorización del Juez para verificar todo pago, con posible responsabilidad penal en caso de incumplimiento, así como la sanción de nulidad para los actos que realice sin dichas intervención o autorización.

— Por ser esencial la situación de igualdad en que se han de encontrar todos los acreedores que no tenían el carácter de privilegiados, y por ello el artículo 9 establece la continuación de los juicios, quedando la ejecución en suspenso y también los embargos.

— Porque teniendo el mandamiento a todos los efectos la misma virtualidad que si emanase de la autoridad judicial, según el artículo 44.2.º del Reglamento General de Recaudación, es indudable que está comprendido en el párrafo 4.º del artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, y como ya declaró la Resolución de 15 de febrero de 1962, “dada la naturaleza cautelar y de garantía que el embargo supone cabe estimar que la anotación podrá realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho”, pero sin que la misma permita llegar a la ejecución mientras no se haya terminado el expediente, salvedad que no contiene el mandamiento calificado.

Esta “salvedad que no contiene el mandamiento calificado” se recoge también en las Resoluciones de 15 y 16 del mismo mes y año en recursos iguales que la precedente, derivándola de la permisividad contenida en la Resolución de 15 de febrero de 1962, que no hacía referencia a ninguna frase o salvedad que debiera contener el mandamiento.

d) La Resolución de 22 de noviembre de 1973. Ya en la nota del Registrador se suspende, por el defecto subsanable de no contener el mandamiento la salvedad de no llegar a la ejecución mientras no se termine el expediente de suspensión de pagos, y tanto el Presidente de la Audiencia como la Dirección confirman esa nota.

e) Finalmente, las Resoluciones de 25 de junio y 23 de octubre de 1979 se pronuncian en igual sentido, con una doctrina que es la vigente y que centra el motivo del rechazo de la anotación preventiva de embargo, cuando figure anotada la suspensión de pagos, en la circunstancia, meramente formal, de que el mandamiento no haga constar la salvedad de que se suspende la ejecución hasta la terminación del expediente.

La evolución de la doctrina de la Dirección puede expresarse diciendo: Admisión de la anotación preventiva de embargo. (Resolución de 15 de febrero de 1962.)

Rechazo o cierre registral para tal anotación de embargo. (Resoluciones de 14 y 26 de noviembre de 1968.)

Postura intermedia: Admisión de la anotación preventiva de embargo si en el mandamiento se hace constar que la ejecución se suspenderá hasta la terminación del expediente y suspensión, o rechazo de la misma, si no consta esta salvedad.

La postura de la Dirección merece crítica desfavorable, ya que resulta innecesaria e improcedente esta salvedad que encaja mal con el sistema registral. Los interesados en la suspensión de pagos tienen garantía de la paralización de la ejecución, no porque lo diga el mandamiento de embargo expedido en un procedimiento en el que no son parte y, por tanto, no les afecta, sino por lo que resulte de los libros del Registro y por la prioridad de la anotación de suspensión sobre la del embargo.

De otra parte, es la propia Ley la que impone la suspensión o paralización de las ejecuciones individuales, siendo irrelevante que el mandamiento lo exprese o lo omita.

Podrá discutirse si la anotación de suspensión cierra el paso a las anotaciones preventivas de embargo, por reclamaciones individuales, y la decisión positiva o negativa tendrá sus partidarios y sus argumentos en pro o en contra, pero lo que resulta improcedente es admitir o no el cierre registral según que el mandamiento omita o exprese una frase de la Ley de Suspensión de Pagos.

Esas reservas legales carecen de significación jurídica y el admitirlas provoca una situación anómala y acepta una tendencia rechazable, ya que por ese camino podría admitirse la registración de muchos derechos y situaciones en base de formular cautelas, reservas, gradaciones en los efectos, etc., que provocarían una gran inseguridad jurídica. La postura de la Dirección ante los apremios fiscales parece aplicar la frase clásica, acomodada a los tiempos modernos, "con la Hacienda hemos topado", que le obliga a pedir disculpas por el rechazo de la anotación de embargo, apresurándose a decir que "la anotación solicitada no queda denegada, sino *simplemente suspendida hasta tanto se haga constar en el mandamiento la salvedad señalada, todo lo cual no implica exigencia alguna de acumulación o suspensión, sino simplemente tratar que se dé cumplimiento* a los preceptos de la Ley de 26 de julio de 1922, a fin de impedir que puedan ejecutarse aisladamente los bienes del deudor mientras dura el procedimiento de suspensión de pagos que es anterior al pretendido embargo administrativo" (Resolución de 22 de noviembre de 1973).

Si el mandamiento por apremios fiscales tiene, según el número 2 del

artículo 44 del Estatuto General de Recaudación, la misma virtualidad que si emanasen de la autoridad judicial, deben ser suspendidos hasta la terminación del procedimiento de suspensión.

Únicamente cuando el embargo sea anterior a la anotación de suspensión no se suspende y continúa, según la regla 49 de la Instrucción de Contabilidad, como hemos visto, aunque si practicado el embargo llega al Registro el mandamiento de anotación de embargo después de anotada la suspensión de pagos deberá ser rechazado en aras del principio de prioridad.

**B) *Resolución judicial declarando al solicitante en estado de suspensión de pagos***

El artículo 8 de la Ley de Suspensión de Pagos dispone que el Juez, en vista de todos los antecedentes y tomando en especial consideración el informe de los Interventores o la Memoria del actuario, en su caso, declarará al solicitante en estado de suspensión de pagos.

Siguiendo el esquema que antes hemos hecho para la providencia de admisión de la solicitud, distinguimos ahora:

a) *Forma*: El propio artículo 8 de la Ley se refiere a esta resolución determinándola auto, dentro de las diversas formas de las resoluciones judiciales según los ya citados artículos 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, resolución fundada en forma de resultandos y considerandos concretos y limitados unos y otros a la cuestión debatida, según previene el artículo 371 de la primera de las leyes citadas.

b) *Contenido*: A pesar de que la Ley se pronuncia en sentido positivo al disponer que el Juez declarará al solicitante en estado de suspensión de pagos, es claro que también cabe que, a la vista de los antecedentes y del informe de los Interventores, la resolución judicial deniegue la pretensión y resuelva no declarar al solicitante en estado de suspensión de pagos.

En el caso de que se declare haber lugar a esa declaración, la resolución tiene que:

Declarar al solicitante en estado de suspensión de pagos y fijar los límites de la actuación gestora del suspenso mientras permanezca en tal estado.

Estos límites pueden ser los mismos que se expresaron en la providencia inicial (quedar intervenidas toda las operaciones del suspenso y ajustarse a las disposiciones que previenen los artículos 5 y 6 de la Ley que detallan, respectivamente, las competencias de los Interventores y las nor-

mas de actuación del suspenso), o modificar aquéllas, señalando las limitaciones concretas que tenga por conveniente, previo informe especial de los Interventores sobre este punto, y que pueden llegar a la suspensión y sustitución del comerciante, Gerente o Consejo de Administración.

Es verdad que también en esta resolución pueden no adoptarse medidas precautorias o de seguridad, a pesar de la afirmación del artículo 8, ya que puede entenderse que persisten las mismas que se habían decretado en la providencia de admisión de la solicitud y las detalladas en los artículos 5 y 6 de la Ley.

También es posible que las medidas adoptadas en una u otra resolución se modifiquen después, se adopten las que antes no se decretaron, o se dejen sin efecto todas o algunas de aquéllas.

En el propio auto, dice el mencionado artículo 8, deberá expresarse si la insolvencia es provisional o definitiva.

Esta distinción es importante en orden al procedimiento y a la constancia registral del auto que venimos examinando, y por ello requiere que expongamos su tratamiento diferenciado:

Si la insolvencia es provisional, por estimar el Juez que el activo es superior o igual al pasivo, en el propio auto se acordará la convocatoria de la Junta General.

En este caso el auto es ejecutivo sin perjuicio que, celebrada la Junta de acreedores, pueda impugnarse por cualquiera de ellos o por el supuesto en el modo y tiempo fijados en los artículos 16 y 17 de la Ley.

Si la insolvencia es definitiva, por ser el activo inferior al pasivo, deberá determinarse la cantidad en la que el pasivo exceda del activo, y se concederá al deudor un plazo de quince días para que él, o persona en su nombre, consigne o afiance a satisfacción del Juez dicha diferencia.

Si se produce la consignación o el afianzamiento, el Juez deberá declarar que pasa a ser insolvencia provisional y convocará, en su resolución, o sea, en un nuevo auto, la Junta de acreedores.

Si transcurre el plazo expresado y no se produce la consignación o el afianzamiento, o ello no se realiza a satisfacción del Juez, éste debe dictar resolución manteniendo la insolvencia definitiva.

En este último supuesto deberán transcurrir otros cinco días para que el deudor, o los acreedores que representen los dos quintos del total pasivo, soliciten que se sobresea el expediente o que se declare la quiebra.

Transcurrido ese plazo sin que se produzca ninguna de estas peticiones, el Juez convocará la Junta de acreedores y mandará proceder inmediatamente a la formación de la pieza de calificación para la determinación y efectividad de la responsabilidades en que pueda haber incurrido el suspenso.

Vemos, pues, que en caso de insolvencia definitiva caben diversas

alternativas y se contempla la posibilidad de dictar distintas resoluciones judiciales.

Es verdad que el artículo 8 de la Ley de Suspensión declara que el auto de declaración del estado de suspensión de pagos es ejecutivo, sin distinguir los supuestos de insolvencia provisional o definitiva, y que, incluso en la definitiva, efectivamente lo es en cuanto que no caben recursos contra el mismo y menos en ambos efectos, pero no es ejecutivo en el sentido de que no procedan otros trámites, ya que, por el contrario, en ese caso ha de esperarse el transcurso de un plazo para realizar la consignación o el afianzamiento que dará lugar, si se produce, a convertirla en provisional, y en caso contrario a mantener la calificación de definitiva y, en este último supuesto, habrá de esperarse otros cinco días para sobreseer el expediente, declarar la quiebra o convocar la Junta de acreedores, según proceda.

c) *Publicidad registral de esta resolución*: Dice el artículo 8 de la Ley de Suspensión de Pagos que esta resolución se comunicará inmediatamente a los Juzgados a los que se haya dado conocimiento de la solicitud de suspensión de pagos, y se le dará además la publicidad que el Juez estime conveniente, según la importancia del pasivo y el número de acreedores.

No menciona expresamente el precepto la publicidad registral en los Registros Mercantil y de la Propiedad.

De esta omisión se ha deducido que mientras la registración de la providencia teniendo por solicitada la declaración de la suspensión de pagos es obligatoria o de oficio para el Juez, ésta es de carácter voluntario y que queda al arbitrio del mismo.

La mayoría de la doctrina entiende que se trate de una mera omisión de la Ley que en este punto, como en otros muchos, no se caracteriza por su tecnicismo y orden, y que también debe al Juez ordenar obligatoriamente la publicidad registral de esta resolución, ya que realmente es fundamental en el procedimiento y viene a ser además una ratificación de la primera que admitió la solicitud.

Indudablemente es conveniente esta publicidad, al ser importante conocer si efectivamente se declaró al solicitante en tal estado, si su insolvencia es provisional o definitiva, así como los límites impuestos por el Juez a la actuación del suspenso, pues después de los informes de los Interventores y de las peticiones que éstos, los acreedores o el Ministerio Fiscal pueden haberle formulado, puede precisar mejor las medidas cautelares o de seguridad que deban adoptarse y éstas, que, como hemos visto, pueden llegar a privar al suspenso de sus facultades de administración y disposición, deben ser conocidas por todos.

Del artículo 13, párrafo 5.º de la Ley de Suspensión de Pagos, que se refiere a un caso de sobreseimiento, deducen los autores que el auto de

declaración del estado de suspensión de pagos es publicable en los Registros Mercantil y de la Propiedad, toda vez que aquel precepto dice que ese acuerdo de sobreseimiento se comunicará de oficio a los Jueces ante los cuales hubiere pendientes juicios contra el deudor y que se publicará y registrará en la forma y con los requisitos prevenidos en el artículo 8.º, lo cual, como dice SAGRERA TIZÓN (59) entre otros, “aunque sorprendentemente en este artículo 8.º no se habla en absoluto de dicha publicidad registral, pone en evidencia que ello obedece más a un simple olvido o error material que a una verdadera intención del legislador, y que, por tanto, esta omisión es indudablemente involuntaria; si nos atenemos a los precedentes del artículo 4.º, tanto respecto de lo ordenado en la providencia de admisión a trámite del expediente, como a lo dispuesto en el caso contemplado de sobreseimiento, previsto en el artículo 13, se concluye que es obligado que en todo momento se produzca esta publicidad que preside todo el espíritu de la Ley”.

En la práctica, como ya hemos dicho, no es infrecuente que únicamente se registre la providencia de admisión y no el auto de declaración de tal estado, y también, aunque con menos frecuencia, que se registre este auto sin haberlo sido previamente la providencia de admisión, aparte de aquellos otros en los que ninguna de esas resoluciones llegan a los Registros Mercantiles y de la Propiedad.

d) *Clase de asiento*: Así como el artículo 4, para la resolución de admisión, la Ley dice que se “anotará, aunque ya hemos dicho el alcance que cabe dar a tal expresión, para el auto de declaración no se dice nada respecto a la clase de asientos para su constancia registral.

El artículo 142 del Reglamento Hipotecario habla de anotación preventiva de demanda de incapacidad para los casos de suspensión de pagos, concurso o quiebra, pero sin referirse a la solicitud o al auto declaratorio.

En alguna medida se ha entendido que la resolución admitiendo la solicitud debe ser objeto de anotación preventiva y el auto de declaración objeto de inscripción, e incluso se ha sostenido que solamente la segunda sería objeto de asiento en el Libro de Incapacitados.

El Reglamento del Registro Mercantil de 1919, en su artículo 106, ordenaba que los Jueces remitirían al Registro testimonio de la resolución declaratoria del estado de suspensión de pagos, y que el Registrador haría la oportuna *inscripción*, en tanto que el artículo 83 del actualmente vigente dice que el Registrador extenderá “el OPORTUNO ASIENTO”.

Indudablemente que la constancia registral de la suspensión de pagos se armoniza mal con los conceptos de anotación de demanda de incapacidad y de resolución o sentencia declarando la misma, y menos aún con

---

(59) SAGRERA TIZÓN. *Ob. cit.*, tomo I, pág. 703.

una anotación preventiva de la providencia de admisión que se convirtiera en inscripción al ser declarado tal estado por el auto que venimos examinado.

Por nuestra parte, entendemos que el asiento adecuado para constancia registral de la resolución declarando al deudor en estado de suspensión de pagos debe ser la anotación preventiva, y que una vez practicada ésta, deberá hacerse constar tal circunstancia por nota al margen de la anotación preventiva de la providencia de admisión de la solicitud, caso de que exista, y de las demás existentes que se refieran al mismo procedimiento.

Por lo que respecta al Registro de la Propiedad, deberá extenderse también este asiento en el Libro de Incapacitados con idéntica nota al margen de la anotación o anotaciones precedentes.

e) *Bienes a los que afecta*: Lo mismo que en la anotación de admisión de la solicitud, alcanza a todos los bienes y derechos inscritos a nombre del deudor.

f) *Circunstancias*: Las generales y especiales que se deducen de los artículos 72 y siguientes de la Ley Hipotecaria y 166 de su Reglamento, en lo que sean aplicables.

En el Registro Mercantil, el artículo 83 de su Reglamento dice que se transcribirá la parte dispositiva, en tanto que en el de la Propiedad deberá limitarse a aquellos extremos que hagan referencia a los bienes y derechos inscritos, a las limitaciones, prohibiciones o extensión de las facultades que sobre ellos correspondan al deudor o a otras personas.

g) *Efectos*: Se ha discutido si esta anotación implica la cancelación de la anotación precedente que publicaba la providencia de admisión o la de otras que pudiera existir. Ciertamente, ya nos hemos pronunciado anteriormente al decir que al margen de esos asientos se extenderían notas expresivas de la existencia de la nueva y su repercusión en aquellas anteriores, pero sin que se produzca la cancelación de aquéllos.

### C) *Resolución aprobando el convenio*

Define GARRIGUES (60) el convenio en la quiebra como negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades entre el deudor y la colectividad de sus acreedores y sancionado por la autoridad judicial, y que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores por procedimiento diverso de la liquidación en el juicio de quiebra, definición que el propio GARRIGUES (61) considera aplicable a la suspensión de pagos.

---

(60) GARRIGUES: *Ob. cit.*, tomo II, pág. 457.

(61) GARRIGUES *Ob. cit.*, tomo II, pág. 493.

En la suspensión de pagos el convenio tiene aún mayor importancia que en la quiebra, en cuanto que su logro es la razón esencial y fundamental del procedimiento.

Dos formas de llegar al mismo contempla la Ley de Suspensión de Pagos: una, que pudiéramos considerar normal o de carácter general, en Junta general con asistencia del deudor y de los acreedores, a la que se refiere los artículos 8 a 17, de la Ley; y otro, de tramitación escrita, que se regula en los artículos 18 y 19 de la propia Ley.

a) Aprobación en Junta general con asistencia al deudor y de los acreedores. Según el artículo 17, una vez cumplidos los trámites establecidos en la Ley, el Juez dictará auto aprobando el convenio y mandando a los interesados estar y pasar por él, adoptando las medidas que correspondan y librando los correspondientes mandamientos a los Registros Mercantiles y de la Propiedad.

#### *Su constancia registral:*

Así como en las resoluciones judiciales antes examinadas, la de admisión de la solicitud de declaración de suspensión de pagos y el auto declarando al solicitante en tal estado, lo que es objeto de publicidad es la propia resolución, en ésta lo que ha de ser objeto de publicidad es el convenio mismo, aunque con la resolución judicial que lo aprueba y que le atribuye su peculiar y compleja naturaleza jurídica.

La constancia registral del mismo se deduce del texto transcrito, que tiene carácter obligatorio o de oficio para el Juez, pero, como hemos dicho, esto no significa que su registración sea constitutiva y ni siquiera obligatoria, al igual que ocurría con la norma del artículo 4 ordenando que se anotara la providencia de admisión.

Del propio modo, aquí se ordena al Juez imperativamente que libre los mandamientos para los Registros, pero nada dice de su presentación en los mismos Registros, plazo para hacerlo, constancia en autos de su cumplimiento, etc.

b) Convenio con tramitación escrita.—El artículo 19 de la propia Ley se refiere a la aprobación del convenio; en este caso, y con referencia a su publicidad, dice que el Juez dispondrá lo necesario para que el acuerdo tenga la debida publicidad, según la importancia de la entidad comercial a que afecte y el número y residencia de los acreedores.

Se da aquí un paralelismo con lo que hemos visto respecto de la publicidad de la providencia de admisión y del auto declarando la suspensión de pagos, ya que mientras para la primera se señala expresamente la publicidad registral, para el segundo se acude a la ambigua fórmula de la

“publicidad que el Juez estime conveniente según la importancia del pasivo y el número de acreedores”, al establecer esa misma dualidad de mandato expreso para el convenio aprobado en Junta de acreedores con asistencia del deudor y de los acreedores, y la referencia a lo que el Juez estime conveniente para el de tramitación escrita.

También aquí es preciso concluir que existe la misma conveniencia y necesidad para que el convenio de tramitación escrita tenga, al menos, la misma publicidad que el otro.

Se suele presentar el convenio como la causa normal de terminar la suspensión de pagos.

No obstante está generalizada opinión, creemos que ello solamente se puede entender en el mismo sentido que cuando se afirma que la sentencia pone fin al juicio, pero no a las actuaciones derivadas del procedimiento, y así como después de la sentencia habrá de procederse a su cumplimiento y ejecución, en la suspensión de pagos se han de adoptar “al efecto de las providencias que correspondan”, y que han de estar en relación con las condiciones del convenio y encaminadas a garantizar su eficacia y facilitar su ejecución, como por ejemplo, habrán de acordarse disposiciones en orden a la constancia registral de la cesión de los Interventores de la suspensión de pagos o la constancia registral de la cesación de los Interventores de la suspensión de pagos o la cancelación, en su caso, de los asientos que la suspensión hubiere provocado, así como la propia constancia registral del convenio, seguimiento de su cumplimiento, o solicitud de su rescisión por incumplimiento, etc.

Es verdad que algunos Juzgados en la práctica forense han entendido que una vez firme el auto de aprobación del convenio, el procedimiento de suspensión de pagos concluye y no admiten ninguna otra actuación procesal.

a) *Forma de aprobación:* Se aprueba por auto. En Derecho español esta aprobación es prácticamente automática en el caso de que no se formule oposición contra el mismo. No se trata, pues, de un auto que homologue el convenio en el sentido de que el Juez califique y juzgue el mismo no sólo para dilucidar si se han cumplido los requisitos legales, sino pronunciándose sobre la propia esencia del convenio.

Reduciéndose la función judicial a aprobar el convenio por haberse cumplido los requisitos formales, sin embargo impone la obligación de estar y pasar por él a todos los acreedores concursales que no tengan derecho a abstención, y ello tanto que fueran partidarios del convenio, disidentes o ausentes de las deliberaciones y votaciones, siempre que no se hubieran opuesto al mismo o que, opuestos, fuera desestimada su oposición.

En el auto expresado se aprueba el convenio mandado a los interesados estar y pasar por él y que se adopten las medidas que correspondan.

b') *Objeto de la publicidad registral del convenio*: Aun cuando lo esencial para darle virtualidad es la resolución judicial que lo aprueba, es lo cierto que lo que ha de ser objeto de la publicidad registral es, como hemos dicho, el propio convenio, y de aquí se derivan consecuencias en orden al ámbito de la función calificadora sobre el contenido del mismo.

Es muy controvertida la naturaleza jurídica del convenio, y las teorías que tratan de explicarla oscilan entre considerarlo como un contrato, aunque con matices, estimar que existe una voluntad forzada respecto de los ausentes y disidentes, o presunta para la minoría, o la de entender que la mayoría representa legalmente a la minoría, o como una figura de carácter procesal, dada la intervención judicial y que SU FUERZA VINCULANTE para los disidentes y ausentes proviene del poder del Juez y no del contrato, o cuando menos que es un contrato procesal, o una transacción, no faltando las teorías que lo consideran una obligación legal.

La Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 26 de diciembre de 1983, al referirse a la naturaleza jurídica del convenio, declaró que hay que tener muy presente que el convenio es un negocio jurídico plurilateral que reviste la naturaleza de acto colectivo entre el suspenso y la masa de acreedores sobre la masa patrimonial de aquél; pero nunca puede calificarse de "contrato", en el que los intereses de las partes son distintos y opuestos, porque en el contrato están las partes una frente a otra, y en los convenios, actos complejos o negocios jurídicos colectivos, las partes persiguen iguales intereses y juntos colaboran a su realización, porque esas partes interesadas se encuentran una al lado de la otra; y esos actos colectivos están impregnados en la suspensión de pagos de normas de derecho público, totalmente incompatibles con las de derecho privado, lo que revela, ante todo, por la intervención judicial que reviste fuerza general vinculante como supervisión constatadora, pues de lo contrario resultaría ilusoria la paridad de condición de los acreedores, que es la esencia de la suspensión de pagos, pues el convenio es ley para todos los acreedores, como disponen las Sentencias de 30 de octubre de 1958 y 4 de julio de 1966; y precisando todavía más su carácter de derecho público, la Sentencia de 30 de noviembre de 1955 le otorga un carácter preferente a los intereses privados de los acreedores que trata de proteger; y ese carácter lo realza la Sentencia de 30 de mayo de 1959, que de modo terminante señala que "la institución acusa un marcado matiz de derecho público, que impide su asimilación a un negocio privado, revelado ante todo por la intervención judicial, que, pese a lo limitado de sus facultades, reviste a lo otorgado fuerza general vinculante, y, aparte de fiscalizar el cumplimiento de las exigencias formales y materiales que en lo humano aseguran la efectividad

del acuerdo, procura como fin más trascendente la igual condición de los acreedores no privilegiados, que resultaría malparada si de uno u otro modo, o por una u otra razón, permitiesen sustraer a la masa de acreedores créditos de condición por igual que, sin embargo, para todos los efectos útiles, gozarían de privilegio en relación con el derecho de los acreedores concurrentes; como lo revelan las previsiones adoptadas por la Ley de Suspensión de Pagos en sus artículos 2.º, 4.º, 8.º y 11.º para que la sagrada ley del convenio tenga virtualidad *erga omnes* y haga posible la *par conditio creditorum* que de otro modo no podría lograrse”.

La opinión que se sustente en orden a la naturaleza jurídica del convenio tiene mucha importancia para la calificación registral del mismo y de sus variadas cláusulas, como luego indicaremos, ya que si es un contrato el ámbito de la misma es más amplio que si se estima como resolución judicial.

c') *Contenido del convenio*: En principio, el contenido del convenio es imprevisible, ya que cualquiera que sea la teoría que adoptemos en orden a la naturaleza jurídica del mismo, es lo cierto que la Ley de Suspensión de Pagos no impone límite alguno a estas posibilidades del convenio ni más limitaciones que las resultantes propias del contrato, al amparo del artículo 1.255 del Código Civil y artículo 14.2.º, de la Ley de Suspensión de Pagos.

Recordemos la existencia del convenio remisorio, dilatorio, mixto, de cesión de bienes (adjudicación para pago o en pago), para constituir una nueva sociedad, liquidar el patrimonio del suspenso, constituir hipotecas sobre determinados bienes del suspenso y dejar libres otros, ceder el negocio en arrendamiento, imponer al deudor una gestión controlada, intervenir sus operaciones, facultarle para vender bienes y con su importe hacer pago de deudas, pero precisando que las enajenaciones o actos de disposición están acordados o completados por órganos de intervención o de vigilancia con mayor o menor participación en el negocio jurídico y con mayor o menor grado de prohibición, y, por tanto, de ineficacia según el carácter de su falta, prohibiéndole actos de enajenación o gravamen durante determinado tiempo, o al contrario, imponiéndole unas enajenaciones en determinados plazos, o una prohibición de disponer en tanto no se haya cumplido el convenio, o acordar una ampliación de capital a la sociedad suspensa y atribuir acciones a los acreedores en pago de parte o de la totalidad de su deuda, realizar una reducción de capital con pérdida a cargo de accionistas y pago a acreedores, etc.

No es posible examinar en cada uno de los supuestos enunciados y otros muchos que podrían presentarse los requisitos que han de cumplirse para la formalización del título que habría de acceder al Registro y la amplitud de la función calificadora en cada caso y su constancia registral.

Pero sí habrá que distinguir entre la constancia registral del convenio y su contenido, la formalización de los negocios jurídicos y la registración de éstos para ejecutar o cumplir aquél.

d') *Asiento para constancia del convenio*: La Ley de Suspensión de Pagos nada dice respecto a la clase de asiento para la constancia registral del convenio y tampoco la legislación hipotecaria o el Reglamento del Registro Mercantil.

En la práctica existen convenios anotados e inscritos, aunque creemos que en la mayoría de los casos el Juez expide el mandamiento para que se anote el convenio, y en unos casos se toma la expresión en sentido técnico y literal y se practica en esa forma el asiento, mientras que en otros, no obstante esa expresión, el convenio se inscribe.

Por regla general, el convenio y el auto aprobatorio del mismo se presentan con el mandamiento a que se refiere el artículo 17 de la Ley de Suspensión de Pagos, si bien no faltan casos en los que sin mandamiento se presenta testimonio de convenio y del auto aprobatorio del mismo solicitando expresamente su constancia registral.

Por vía de ejemplo puede citarse que en el caso de la Resolución de la Dirección General de 27 de noviembre de 1974 el convenio figuraba inscrito, mientras que en la de 11 de noviembre de 1975 figuraba anotado.

De todas formas, es preciso tener en cuenta que la clase de asiento para constancia del convenio, como ocurre en general, es materia reservada al Registrador, ya que, como declaró la Resolución de 13 de mayo de 1916, las operaciones que han de practicarse en el Registro de la Propiedad (y lo mismo podríamos aplicarlo al Mercantil) pertenecen en cierta manera al Derecho público y no pueden ser alteradas ni impuestas arbitrariamente por la voluntad de los principales interesados, quienes únicamente tienen facultades para elegir la forma en que el asiento deba ser extendido cuando las leyes o disposiciones especiales reservan tal derecho o provean a las mismas exigencias.

Por ello, aun cuando al mandamiento exprese el término "para anotar" o para tomar razón, etc., el Registrador, si entiende que esa expresión no forma parte del mandato judicial y es una mera expresión sinónima de "se registrará", debe extender el asiento de inscripción si cree que éste es el apropiado, o el de anotación preventiva si así lo considera; y estima que el Juez le ordena expresamente practicar anotación preventiva y considera que el asiento apropiado debe ser de inscripción, podrá suspender o denegar la práctica del asiento ordenado.

En general, la doctrina entiende que el asiento apropiado para constancia registral del convenio es el de inscripción, si bien no faltan opiniones favorables a la anotación preventiva como asiento idóneo para tal finali-

dad, o finalmente quienes optan por uno u otro tipo de asiento según que el contenido del convenio exija uno u otro.

Los partidarios del asiento de anotación para la constancia del convenio aducen que en aquellos casos en los que la propia naturaleza de lo convenido no exija el asiento de inscripción, desde hacerse constar mediante una anotación, dada la naturaleza temporal del convenio, que es un negocio también de duración limitada, con lo cual si el convenio tiene previsto un plazo inferior a cuatro años se ajusta perfectamente al plazo de vigencia de la anotación, y su caducidad será una fórmula fácil de su extinción y cancelación frente a la siempre más difícil, y en particular en este caso, cancelación de las inscripciones; y caso de durar más puede pedirse la prórroga de la anotación, al amparo del artículo 86 de la Ley Hipotecaria y 199 de su Reglamento, con lo que el plazo ya sería indefinido.

Por ello no es definitivo, ya que la temporalidad de los derechos no se corresponde con la clase de asiento utilizado para su constancia, y así vemos derechos eminentemente temporales, como la hipoteca, el usufructo, el de superficie, el derecho de opción o el de arrendamiento que son objeto de inscripción.

Por otra parte, no deja de ser un obstáculo el sistema, en principio limitativo, de las anotaciones preventivas que consagra el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, aunque siempre al amparo del número 10 exista la posibilidad de otras anotaciones, y la propia Ley Hipotecaria hace uso de ello en sus artículos 45 y 49; pero lo cierto es que en la Ley de Suspensión de Pagos no se contempla expresamente la anotación preventiva del convenio, aunque del 142 del Reglamento Hipotecario tampoco resulta concluyente que sea uno u otro tipo de asiento según el contenido del convenio.

De cualquier forma, entendemos que es materia opinable e intrascendente para su eficacia y validez que se publique el convenio mediante un asiento de inscripción o de anotación, excepción hecha de la cancelación por caducidad o de la prórroga posible, que solamente se producirá si se trata de una anotación preventiva.

Relacionada con esta cuestión está la de si debe constar en el asiento el convenio íntegramente o sólo en parte.

De cualquier forma, creemos que es preciso distinguir entre el Registro Mercantil y el de la Propiedad.

*Registro Mercantil:* Teniendo en cuenta que la misma figura de la anotación preventiva es extraña a la práctica de este Registro, nos inclinamos a sostener que la inscripción es el asiento procedente para la constan-

cia del convenio en el Registro Mercantil y que, dado el sistema que rige en este Registro, el mismo debe transcribirse íntegro.

Respecto a los actos, hechos o negocios que del convenio se deriven, habrán de formalizarse previo cumplimiento de sus requisitos y otorgando el título procedente. Y así, por ejemplo, si se trata de ampliación o de reducción de capital, transferencia de acciones o de participaciones, traspaso de empresa, constitución de nueva sociedad, cambio del Consejo de Administración o de los Administradores, constancia de limitaciones o preferencias para la transmisibilidad de las acciones u otras que precisen modificación de estatutos, etc., deberán cumplirse los trámites y otorgarse los títulos que sean precisos para la ejecución del convenio.

*Registro de la Propiedad:* También es preciso distinguir entre el contenido inmediato del convenio y el mediato o de ejecución y cumplimiento del mismo.

El acceso del convenio al Registro de la Propiedad dependerá de su contenido, y de ese mismo contenido dependerá la clase de asiento.

Si, por ejemplo, el convenio se limita a constatar el pago de las deudas en determinado plazo o la remisión de un determinado porcentaje, es claro que ese contenido no es inscribible en todas y cada una de las fincas o derechos que figuren inscritos a favor del suspenso ni tampoco en el Libro de Incapacitados, si bien será registrable el hecho de que se ha alcanzado el convenio y la aprobación judicial del mismo, ya que ello implica la extinción de las limitaciones que en el patrimonio del suspenso se derivaban del estado de suspensión de pagos y la cesación de los Interventores, así como la terminación de todas las demás limitaciones o prohibiciones que como medidas de seguridad y cautela se hubieren acordado en la suspensión.

Ahora bien, si el convenio tiene pactos relativos a los bienes inmuebles o derechos inscritos a favor del suspenso que afecten a sus facultades dispositivas o a la constitución de derechos reales, es claro que deberán recogerse esos pactos tanto en el folio de las fincas o derechos inscritos a favor del deudor como en el Libro de Incapacitados siempre que los mismos, por su naturaleza real, sean inscribibles, o rechazarlos si se tratare de derechos u obligaciones personales.

Efectivamente, es ésta una materia objeto de calificación, y permitido su acceso al Registro ha de tenerse en cuenta su contenido, ya que los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se cancelen. Entre los pactos que suelen figurar en los convenios, el de prohibición de disponer es polémico por entender que siendo un contrato —aunque con aprobación judicial— queda incurso en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, y debe rechazarse su inscripción, sin

perjuicio de obtener del Juez el mandamiento para su anotación preventiva al amparo del artículo 42.4.º de la Ley Hipotecaria, y precisamente en base de lo convenio y para su cumplimiento. Otros estiman que no se puede perder de vista el carácter judicial o de transacción judicial que tiene el convenio y que, en consecuencia, esas prohibiciones y limitaciones acordadas tienen acceso al Registro al amparo del artículo 26.2.º de la misma Ley.

Las transmisiones de bienes a los acreedores en pago de deudas, con carácter liberatorio, exigirán el otorgamiento del correspondiente título traslativo del dominio, sin que sea suficiente el acuerdo o convenio de que se transmiten determinados bienes para que se considere operada la transmisión, si bien el pacto será inscribible con el convenio.

Respecto a las adjudicaciones para pago de deudas, será inscribible el pacto, pero sin que ello implique ninguna garantía de naturaleza real, salvo que se pacte expresamente, y dando únicamente derecho a pedir anotación preventiva en el plazo de ciento ochenta días, según el artículo 45 de la Ley Hipotecaria, ni será necesaria la inscripción a favor de esos acreedores o liquidadores conforme a lo prevenido en el artículo 20 de la propia Ley.

Independientemente de la inscripción del convenio, serán inscribibles los negocios jurídicos que se otorguen previo cumplimiento de sus requisitos de forma y fondo que sean procedentes en cada caso, y todo ello en cumplimiento de lo acordado en el convenio.

e) *Efectos de la publicidad registral del convenio.* Aparte de los efectos positivos de la constancia registral del convenio y de los negativos de su falta de registración, y que en principio son los normales o generales que ya hemos expuesto, cabe examinar en particular su repercusión sobre los asientos anteriores al del convenio relativos a la suspensión de pagos.

Se ha entendido que el convenio pone fin al expediente de suspensión de pagos y que provoca la extinción de los asientos anteriores relativos a tal estado y, concretamente, de las anotaciones de admisión de la solicitud y del auto declarando al deudor esa situación y, en consecuencia, la cancelación automática de los mismos.

Sin perjuicio de admitir como cierto que el convenio, aunque no pone fin al expediente de suspensión de pagos, sí provoca un cambio en la situación jurídico patrimonial del suspenso que ya no estará sometido a la intervención y demás medidas acordadas en la suspensión, y que deberá cumplirse lo acordado en el convenio, es lo cierto que la cancelación de los asientos precedentes relativos a la suspensión de pagos no se produce de forma automática, sino que deberá ser acordada directamente por el Juez,

ello aparte de que puede ocurrir que esta cancelación no sea necesaria o, incluso, no resulte conveniente y en consecuencia el Juez no la decreta.

Lo que no cabe duda es que al registrar el convenio debe extenderse de oficio, al margen de aquellos asientos, una nota expresiva de esa circunstancia.

Y es que ocurre aquí una situación parecida en la mecánica registral a la operada cuando se adjudica una finca en subasta en el juicio ejecutivo a favor del acreedor, o en el judicial sumario o cuando en el ejecutivo ordinario se otorga la escritura de venta, en cuyos supuestos, no obstante esta adjudicación o transmisión, la anotación de embargo o la hipoteca no se cancelan, salvo en los apremios fiscales, sin un mandamiento especial, por regla general, salvo el supuesto contemplado en el artículo 210 del Reglamento Hipotecario, por el principio general contenido en el artículo 83 de la Ley Hipotecaria según el cual "las inscripciones y anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria", lo cual no sólo obedece al cumplimiento de un requisito formal, sino antes bien de fondo, ya que solamente el Juez puede determinar si procede esa cancelación, y máxime un caso como el de la suspensión de pagos, en el que los asientos anteriores son expresivos de datos que pueden tener trascendencia jurídica en orden a su existencia para una posible retroacción, rescisión de convenio, etc., o para quienes hayan entablado procedimiento ordinario por no haber sido admitidos sus derechos en el procedimiento de suspensión de pagos.

f) *Cumplimiento del convenio.* El convenio constituye el estatuto jurídico del suspenso y ha de respetarse y cumplirse, y así han venido a proclamarlo las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 27 de noviembre de 1974, de 11 de noviembre de 1975 y en la de 20 de septiembre de 1983, aunque en la primera y última se revocara la nota del Registrador en base a que las normas del convenio no se oponían a la inscripción de la enajenación llevada a efecto por el deudor y en la de 11 de noviembre de 1975, en la que, anotado un convenio por el que el deudor se comprometía a pagar en el período máximo de tres años, atribuyendo a la Comisión acreedora la posibilidad, de acuerdo con el deudor, de realizar bienes propiedad de este último y pasando a ser dicha Comisión liquidadora caso de incumplimiento del convenio, se contemplaba en el recurso una venta otorgada solamente por el deudor transcurridos los tres años de anotado el convenio, en la que declaró en dos de sus considerandos que transcribimos: "Considerando que de ello se deduce la importancia que a efectos de la publicidad de la situación del suspenso tiene el saber si éste se encuentra cumpliendo el convenio judicialmente aprobado, con las limitaciones que en este caso se hayan podido establecer respecto de la

disposición de sus bienes inmuebles, o bien si por haber cumplido todas las obligaciones pactadas se ha puesto fin a su estado de suspensión y ha recuperado la plena capacidad de obrar, o bien, por último, si por haberlo incumplido tienen efecto las medidas de liquidación que legalmente se hubieren acordado para este evento o si ha sido pedida por cualquiera de sus acreedores la rescisión de dicho convenio y la consiguiente declaración de quiebra.

Considerando que para la inscripción de la escritura de compraventa calificada surge un obstáculo derivado del contenido del Registro que publica la existencia de unas limitaciones a la facultad de disponer del vendedor dimanante del convenio pactado, y sin que se haya hecho llegar —caso de que hubiere tenido lugar— a los libros registrales la nueva situación habida, que podría dar por terminada la anterior, por lo que el funcionario calificador, hasta tanto esto no ocurra y se presenten los documentos que así lo justifiquen, no puede ejercer su ministerio más que en la forma que ha actuado”.

D) *Otras resoluciones judiciales que pueden motivar asientos en los Registros Mercantiles y de la Propiedad*

Podemos citar las siguientes:

1.º *Sobreseimiento del expediente*: En la Ley de Suspensión de Pagos se contemplan diversos supuestos de terminación del procedimiento que pueden agruparse bajo la denominación general de sobreseimiento o de terminación anormal.

Entre estos casos de sobreseimiento podemos citar:

a) La no celebración de la Junta General de Accionistas o que, celebrada, no ratifique el acuerdo del Consejo de Administración solicitando la admisión de la solicitud de suspensión de pagos para una sociedad anónima (art. 2.5.º de la Ley).

b) La denegación de la declaración de suspensión de pagos. Cuando declarada la suspensión de pagos con insolvencia definitiva y no consignada o afianzada la diferencia en el plazo legal se ratifique la insolvencia definitiva y en los cinco días siguientes el deudor o los acreedores que representan los dos quintos del total pasivo soliciten dicho sobreseimiento o que se declare la quiebra (art. 10.1.º).

c) Si el deudor no compareciere a la Junta por sí o especialmente apoderado (art. 13, parr. 2.º).

d) Si en la propia Junta de acreedores no se alcanzare el quórum previsto en la Ley (art. 13, párr. 4).

Precisamente en ese caso, dice el párrafo siguiente de la propia Ley que tal acuerdo, contra el que no se dará recurso alguno, se comunicará de oficio a los Jueces ante los cuales hubiere pendientes juicios contra el deudor, y SE PUBLICARA Y REGISTRARA en la forma y con los requisitos prevenidos en el artículo 8.º.

e) Si no fuere aprobado el convenio al no obtener el voto favorable con los quórum establecidos (arts. 15.2.º y 19).

f) Desestimio del deudor. Aunque es debatido por la doctrina y algunas opiniones niegan esta posibilidad al deudor, es lo cierto que al tratarse de un beneficio que la Ley le concede, éste puede desistir o renunciar a él, si bien tal petición debe estar limitada en el tiempo hasta que transcurran los cinco días siguientes al de la notificación del auto que confirma la situación de insolvencia definitiva a que se refiere el artículo 10 de la Ley, pues pasado ese tiempo se entra ya en período de apertura del juicio de responsabilidad para depurar la conducta del deudor y dilucidar si ha incurrido en una situación de índole penal y en consecuencia escapa ya al dominio de su voluntad el impedir ese trámite.

De cualquier modo, estos casos de sobreseimiento deberán ser acordados por el Juez cuando se den las circunstancias prodecentes por auto, que una vez firme será registrable, aparte de dar lugar a los mandamientos precisos para cancelar los asientos que se hubieren derivado de la tramitación de la suspensión y que serán expedidos de oficio o a instancia de parte.

Unicamente se contempla la publicidad de este sobreseimiento en el caso de no concurrir a la Junta los acreedores precisos para formar el quórum que permita al Juez declarar válidamente constituida la Junta de acreedores; pero no existe ninguna razón para que no conste la publicidad en los demás casos en los que haya tenido acceso al Registro la situación de suspensión de pagos que el sobreseimiento termina o extingue.

En el supuesto de sobreseimiento, se dice en el párrafo sexto del artículo 13 que hasta diez días después de la fecha en que se comunique y publique ese acuerdo no cesarán en sus funciones los Interventores. Pero realmente no vemos la razón para que esta norma deje de aplicarse en los demás casos de sobreseimiento.

Esta demora en el cese de los Interventores tendrá sus efectos en orden a la calificación de los actos y contratos que pueden llegar al Registro en ese plazo.

El asiento adecuado para hacer constar el sobreseimiento será el de cancelación, aunque cabe que se haga constar mediante una anotación preventiva en la que únicamente se haga constar el sobreseimiento y me-

diente otro asiento con el oportuno mandamiento la cancelación de los asientos anteriores ocasionados por la suspensión de pagos.

Los efectos de la constancia o del sobreseimiento son los normales, salvo el expresado de que hasta pasados lo de los diez días no cesarán los Interventores, que se estimará siguen actuando.

2. *Asientos relativos a los Interventores:* A algunos de ellos ya hemos hecho referencia, pudiendo citar su nombramiento, cesación y destitución cuando no emitan el informe obligatorio (art. 8.4.º), o de impugnación (art. 4.5.º), incumplimiento de sus obligaciones, recusación, cesación (arts. 13.5.º y 15.1.º), así como su cambio de carácter o nombramiento de otros después de la Junta con votación favorable al convenio (art. 15.1.º).

3. *Asientos relativos a las medidas cautelares:* Modificación de las medidas acordadas en la providencia de admisión o en el auto, posibilidades que se contemplan en la Ley en los artículos 20.4 de la Ley al decir que en el caso de insolvencia definitiva y pieza separada de responsabilidad tanto los Interventores como los acreedores personales podrán solicitar en cualquier momento del procedimiento las medidas precautorias que estimen precisas sobre los bienes de los que puedan resultar afectos a las responsabilidades que se trate de determinar.

Pero también durante la tramitación del procedimiento el Juez, de oficio o a instancia de los Interventores, de los acreedores o del Ministerio Fiscal, puede modificar las normas de actuación del suspenso, llegando incluso a la suspensión o sustitución del comerciante, su Gerente o del Consejo de Administración, según se deduce del artículo 6, entre otros.

Pues bien, todos esos acuerdos, que deberán revestir la forma de auto, podrán y deberán tener constancia registral, y sobre todo cuando la hayan tenido los acuerdos que se modifican para que exista el adecuado paralelismo entre los pronunciamientos registrales y la realidad.

#### 4. *Asientos relativos a otras incidencias del procedimiento:*

a) *Cumplimiento del convenio:* Como declaró la Resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de noviembre de 1975:

En la Ley de Suspensión de Pagos, en su artículo 17, se prevé la forma de dar publicidad al convenio en los Registros Mercantil y de la Propiedad a través del libramiento de los correspondientes mandamientos por el Juez; pero ha omitido toda referencia a esta misma publicidad para el caso de que el convenio hubiera sido cumplido, y desaparecen así las restricciones que en orden a la capacidad del deudor se hubiesen adoptado; pero esta omisión ni implica que no existan medios adecuados para lograr su cancelación, ni menos que se hayan de eximir de su presentación en el Registro y se pretenda en su lugar una cancelación automática por venci-

miento del plazo de duración del convenio, a la que no puede accederse —aparte de ser contraria a los principios generales hipotecarios— dada la posibilidad de variantes que pueden suceder.

En la práctica, se ha venido abriendo paso la posibilidad de que cuando el suspenso quiere acreditar el cumplimiento parcial o total del convenio acuda al Juzgado que entendió de la suspensión y solicite que se declare así, y normalmente por vía de citación y manifestación en ese sentido de los acreedores afectados por el convenio o siguiendo un juicio por el trámite de los incidentes se dicta resolución en forma de auto o de sentencia, según los casos, en la que se declara si se ha cumplido parcial o totalmente el convenio.

Tanto los cumplimientos parciales como el total han de hacerse constar en los Registros Mercantil y de la Propiedad para pública constancia, y creemos que cuando se trate de cumplimientos parciales podría hacerse constar incluso por nota marginal o bien por medio de otro asiento de la misma naturaleza, o sea, de anotación o de inscripción según en el que figure el convenio.

Respecto al que acredite el cumplimiento total del convenio, deberá hacerse constar mediante un asiento de igual naturaleza, y, además, deberá ordenarse y practicarse la cancelación del asiento del convenio.

b) *Rescisión del convenio por incumplimiento.* Dispone el último párrafo del artículo 17 de la Ley de Suspensión de Pagos que “si el deudor faltare al cumplimiento del convenio, cualquiera de sus acreedores podrá pedir la rescisión del mismo y la declaración de la quiebra ante el Juez que hubiere conocido de la suspensión”.

De esta petición podrá solicitarse constancia registral, pero ello hace referencia ya a la de los procedimientos derivados de la quiebra y por lo mismo no insistimos en ello.

Baste aquí decir que en este caso la quiebra se tramita como un incidente de la suspensión de pagos y que los asientos que de ésta figuren en los Registros tendrán su importancia en torno a la repercusión que para los terceros pueda tener en su día la retroacción de la quiebra.

Hemos llegado al final intentando, en el laberinto que los clásicos atribuían a la quiebra y que puede aplicarse también a la suspensión de pagos, arrojar alguna luz en el tema específico de la publicidad registral en el procedimiento de suspensión de pagos, sobre todo en un afán de despertar inquietudes y de abrir cauces para otros estudios más profundos en una materia necesitada de clarificación, confiando obtener de los oyentes una calificación benevolente y no excesivamente severa.

Muchas gracias.

CARLOS-MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO  
Registrador de la Propiedad



# El supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156 CC: ¿Qué casos son subsumibles en esta disposición?

**SUMARIO:** I. ANTECEDENTES: 1. PRINCIPIOS DE LA LEY DE REFORMA DE 1981: A) *Planteamiento*. B) *Los tres grandes principios de la Ley de Reforma de 13 de mayo de 1981 en materia de patria potestad*. C) *La interpretación de la Ley de 13 de mayo de 1981. Problemas de interpretación: ¿Cuál es su causa?*—2. EL PÁRRAFO 5.º DEL ARTÍCULO 156: A) *Formación parlamentaria*. B) *Principios que lo informan*.—II. LA PATRIA POTESTAD: DISTINCION ENTRE TITULARIDAD Y EJERCICIO: 1. TITULARIDAD. 2. EJERCICIO.—III. EL ARTICULO 156, PARRAFO 5, DEL CODIGO CIVIL: 1. CÓMO SE REGULA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD SI LOS PADRES VIVEN SEPARADOS. 2. EL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 156.5 CC: A) *Introducción. Planteamiento del problema*. B) *Posibles interpretaciones. Interpretación amplia y restringida*. C) *Posiciones doctrinales ante las anteriores interpretaciones*. D) *Interpretación judicial del supuesto de hecho del artículo 156.5 del Código Civil*. E) *Criterios que ante estas situaciones aplican otros países*. F) *Qué significa: que el hijo conviva con uno solo de los padres*.—3. CONCLUSIONES.—IV. ANALISIS DE OTROS CASOS: ¿SON SUBSUMIBLES EN EL SUPUESTO DE HECHO DEL PARRAFO 5 DEL ARTICULO 156 DEL CODIGO CIVIL?: 1. NULIDAD DEL MATRIMONIO: A) *Introducción*. B) *Ejercicio de la patria potestad en los casos de nulidad*.—2. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR PADRES NO CASADOS ENTRE SÍ: A) *En el caso de que reconozca al hijo uno solo de los progenitores: a) Introducción. b) Quid iuris si el padre reconocedor vive con el no reconocedor. c) Que los padres vivan separados*.—B) *En el caso de que no reconozcan al hijo ninguno de los progenitores: a) Introducción. b) Que vivan juntos. c) Que vivan separados*.—C) *Adopción: a) Introducción. b) Que vivan juntos. c) Que vivan separados*.—BIBLIOGRAFIA.

## I. ANTECEDENTES

## 1. PRINCIPIOS DE LA LEY DE REFORMA DE 13 DE MAYO DE 1981

A) *Planteamiento*

La reforma del Código Civil en materia de patria potestad quiso reconocer definitivamente la igualdad de los padres y, como consecuencia de esto, establecer el ejercicio conjunto de la patria potestad.

Este reconocimiento de la igualdad en derechos y obligaciones de los cónyuges, o en lo referente a la patria potestad simplemente padres, ya fue tenido en cuenta por el legislador de 1975. A este respecto dice DÍEZ-PICAZO (1): "El objetivo de hacer por igual partícipes a ambos progenitores en la titularidad y ejercicio de la patria potestad se encontraba prefigurado en la Ley de 2 de mayo de 1975, que consagró el principio de igualdad de los cónyuges dentro del matrimonio del que la patria potestad conjunta era una inevitable secuela". Aun pudiendo encontrar un antecedente en la Ley de 1975, verdaderamente fue en 1977 cuando se quiso instaurar de una forma definitiva la patria potestad conjunta. En efecto, Minoría Catalana, a las pocas semanas de haber entrado en funcionamiento las primeras Cortes Generales después de las elecciones de 15 de junio de 1977, elaboró una proposición de la Ley cuya finalidad era igualar a los cónyuges en materia de patria potestad.

El Gobierno de 1977 aceptó el principio de la proposición de Ley, pero señaló la conveniencia de elaborar un texto más completo. En 1978 se redactó un anteproyecto que no cuajó.

Por fin, en 1979, en concreto el 14 de septiembre, se presenta a las Cortes Generales —en el Congreso de los Diputados— un proyecto de Ley sobre la modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

La exposición de motivos, que justificaba la presentación y el contenido del proyecto de Ley, indicaba claramente las circunstancias, principalmente sociales, que inspiraron la redacción de la reforma (2).

---

(1) Luis DÍEZ PICAZO: "Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad", en *ADC*, t. XXXV, 1982, págs. 3-20.

(2) La exposición de motivos del proyecto de Ley comienza fundamentando el contenido del mismo así: "El matrimonio, la familia y también las relaciones entre la madre o padre y los hijos, tal como se viven hoy en tantos lugares y ambientes de nuestro país (...), se hallan bastante alejados, tanto en el terreno de las ideas como de las costumbres, de los institutos homónimos que sirvieron de modelo a nuestro legislador, hace casi un siglo, para proyectar y redactar nuestro Código Civil. Mas a este cambio profundo de la realidad no ha correspondido otro semejante de la legislación, anclada siempre en los modelos de pareja conyugal y grupo familiar que tuvo presente el redactor del Código y, por tanto, cada vez más ajena a esta evolución".

La filosofía de la reforma fue principalmente establecer en las materias de que ésta trata el principio de igualdad (3), tanto entre los padres que ostentan la titularidad y el ejercicio de la patria potestad como entre los hijos sean o no matrimoniales.

B) *Los tres grandes principios de la Reforma de 13 de mayo de 1981 en materia de patria potestad*

Por lo que respecta a la patria potestad son tres los grandes principios que la informan. En primer lugar, se da un nuevo concepto de patria potestad; en segundo lugar, se establece y regula la titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad; y finalmente, pero siendo el principio fundamental de la reforma, se establece que la patria potestad se ha de ejercer en función de la personalidad del hijo y en su propio interés.

La patria potestad en la reforma adquiere una nueva concepción. Ahora la patria potestad es una función de los padres, un deber de estos respecto de sus hijos. Por ello los derechos que se conceden a los padres en el ejercicio de la patria potestad son un simple medio para ejercitar una función dirigida a proteger el interés del hijo.

Un cambio importante supone también el establecimiento del ejercicio conjunto de la patria potestad. En efecto, la regla general que indica cómo debe ser el ejercicio de la patria potestad dispone que éste ha de ser conjunto. Esto supone que ambos padres habrán de decidir de común acuerdo todas las cuestiones que afecten al hijo. Sin embargo, la aplicación rígida de esta regla la haría impracticable en muchos casos, y a fin de darle la indispensable flexibilidad se admite la actuación unilateral de uno cualquiera de los padres, cuando sea conforme al uso social y a las circunstancias de la familia o resulte necesario por razones de urgencia. De otra parte, en el caso de que la diferencia de opinión entre el padre y la madre sea insalvable, se prevé la intervención del Juez para dirimir el conflicto.

El tercer principio, quizá el más importante al ser este el fin que pretende alcanzar la reforma, es la defensa del interés del hijo así como el respecto a su propia personalidad. En efecto, el respeto a las personalidad del hijo constituye ahora la medida de cuidado y trato que ha de recibir. Así, por ejemplo, no se le puede impedir que se relacione con otros parientes, salvo si el Juez decide lo contrario en algún caso o por especiales

---

(3) Como señala DE PRADA GONZÁLEZ: "Parece que este principio se ha querido basar, a mi juicio sin demasiado fundamento, en el artículo 14 CE (...). Esta coparticipación de los padres dentro de la familia en los hechos derivados de la patria potestad era, sin duda, una necesidad que por sí misma justificaba la reforma". Cfr. "La patria potestad tras la reforma del Código Civil", *RDN*, 1982, págs. 252-325.

razones. A su vez, el ejercicio de la patria potestad en beneficio e interés del hijo ha conducido a acentuar la intervención y vigilancia del Juez, árbitro en muchos aspectos de las relaciones paternofiliares.

Estos principios básicos contenidos en la exposición de motivos (4) —tanto en la que justificaba el proyecto de Ley de Reforma como en la redacción definitiva de la Ley del 81— tuvieron en cuenta el Derecho comparado, principalmente las legislaciones francesa e italiana.

C) *La interpretación de la Ley de 13 de mayo de 1981.*  
*Problemas de interpretación: ¿cuál es su causa?*

Haré referencia a tres cuestiones, a mi modo de ver fundamentales, que vienen a explicar los problemas de interpretación con los que se encuentra el jurista.

En primer lugar, señalábamos, en el epígrafe que precede, como novedad de la reforma el principio de ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores. Esta situación tiene su fundamento legal en el artículo 156 del CC, que comienza diciendo: "La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores" (4 bis).

Pero, a mi juicio, la cotitularidad, desde luego necesaria, en el ejercicio de la patria potestad no es la única frente de problemas interpretativos. En efecto, con la reforma del 81, se ha separado definitivamente la patria potestad de su relación con la familia fundada en el matrimonio. El legislador, al establecer cómo es y quién debe ejercer la patria potestad, omitió intencionadamente cualquier referencia a los cónyuges (4 tres). Su inten-

---

(4) Cfr. en la exposición de motivos del proyecto de Ley de Reforma de 1979, en *Código civil (reformas 1978-1983). Trabajos parlamentarios*, I. Dirigidos por Fernando Santaolalla. Edit. Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, págs. 169 y sigs.

(4 bis) Antes de la reforma del Código Civil la situación en la práctica era similar a la que ahora regula el Derecho vigente.

Aunque la patria potestad era atribuida al padre y sólo en defecto de aquél a la madre, la verdad es que ambos decidían conjuntamente en las cuestiones que atañían al hijo. A su vez —y siempre *de facto*, que no *de iure*—, en el caso de madres solteras y parejas no casadas que reconocían al hijo, igualmente, en el primer supuesto ejercía la patria potestad la madre, y en segundo era *como si* estuvieran casados a los efectos de ejercer la patria potestad.

Por ello, teniendo en cuenta la realidad, la doctrina de la época no excluía de participación a la madre durante la vida del padre, al menos en los aspectos domésticos, donde la mujer era considerada como la autoridad moral y educativa en la familia Véase José M.<sup>a</sup> CASTÁN VÁZQUEZ: *La participación de la madre en la patria potestad*, Madrid, 1957, págs. 70-71.

(4 tres) En la redacción anterior a la reforma del 81, la regulación de la patria potestad tampoco hacía referencia a los cónyuges. Sin embargo, la patria potestad se concebía vinculada a la relación matrimonial, y se estableció un régimen distinto para el caso de los hijos naturales.

ción, como reiteradamente se manifiesta en los debates parlamentarios de la Ley 11/81, era equiparar, en atención al principio de igualdad, las relaciones entre padres e hijos. Y ello, independientemente de que la familia fundase su origen en el matrimonio o en una relación análoga de afectividad.

Esta desvinculación entre patria potestad y matrimonio crea problemas de aplicación de la norma a determinados supuestos de hecho. En concreto, se plantean dudas sobre la aplicación o no del párrafo 5 del artículo 156 CC, objeto de estudio en este trabajo, a los casos de nulidad, separación y divorcio.

En segundo lugar, la reforma se consideraba necesaria sobre todo en punto a establecer el ejercicio conjunto de la patria potestad, así como en igualar en derechos y deberes a los padres. Pero ello no ha evitado que sea objeto de críticas. Como dice DE PRADA GONZÁLEZ. "La reforma tiene un doble y grave defecto. En primer lugar se ha hecho con excesiva precipitación, lo que no ha hecho posible un previo estudio por la doctrina española en sus puntos más difíciles (5) (...). En España la doctrina ha estado prácticamente ausente de la preparación y discusión del proyecto lo que, a mi modo de ver, ha empobrecido éste. En segundo lugar la Ley ha sido desde luego redactada por la Comisión General de Codificación pero abundantemente modificada a su paso por el Congreso y Senado, lo

---

El artículo 154, con el que se abría la regulación de esta materia dedicaba el primer párrafo a la familia fundada en el matrimonio, que era la única reconocida y moralmente admitida. Sobre los hijos nacidos de una relación matrimonial —hijos legítimos— ostentaba la patria potestad el padre, y en su defecto la madre. El párrafo segundo contemplaba la patria potestad de los hijos naturales o adoptivos y la atribuía al progenitor que reconoce o adopta.

Esta radical diferencia entre los hijos, que a la postre venía fundada en la existencia o no de matrimonio entre los padres, llevaba consigo diversidad de efectos. Así, en el artículo 160 se establecía el usufructo paterno, o en su caso materno, sobre los bienes de los hijos matrimoniales, y en el artículo 166 se impide dicho usufructo en los casos de hijos reconocidos o de filiación adoptiva menos plena.

Por lo demás, y como decía al principio, la regulación de la patria potestad antes de la reforma estaba inspirada en la relación matrimonial, de ahí las referencias al hogar doméstico del padre y de la madre o la importancia de que cualquiera de ellos contrajera segundas nupcias teniendo hijos bajo su potestad. En esta regulación, hoy derogada, tampoco se habla de cónyuges; pero su ausencia no fue buscada de propósito, sino que, por el contrario, la omisión venía impuesta por la regulación de la patria potestad. Al no ser la titularidad de la patria potestad conjunta, difícilmente puede hablarse de cónyuges. Por ello, al establecer la preferencia de uno sobre el otro, es necesario referirse al padre o a la madre.

(5) Comenta a este respecto DE PRADA GONZÁLEZ: "... que fue mucho más sensata la manera de proceder de la vecina nación italiana, donde en 1967 se publicó un proyecto de reforma que pudo ser ampliamente discutido en diversos congresos y dio lugar a una abundante literatura y que, indudablemente, fue de utilidad al legislador que redactó el proyecto definitivo convertido en Ley de 19 de mayo de 1975. Cfr. *ob. cit.*, págs. 256 y sigs

que ha privado a la misma en muchos puntos de la precisión deseada, la coordinación siempre compleja con el resto del Código e incluso con las restantes normas de la Ley de Reforma”.

En tercer lugar, creo que es impropio tener en cuenta lo siguiente: el Código Civil se ha visto afectado, desde la promulgación de la Constitución el 6 de diciembre de 1978, por varias Leyes (5 bis) que han modificado el contenido de su articulado, con la finalidad de adaptar sus preceptos al marco y principios constitucionales.

Esta modalidad normativa, modificando unas veces los artículos del Código Civil y otras creando Leyes civiles fuera del Código, produce, a mi juicio, un efecto de observación parcial y estanca de la norma. Esto es, las Leyes que únicamente modifican el Código Civil sin tener autonomía y singularidad real como Ley son, sin embargo, tenidas en cuenta por el intérprete como normas autónomas que, por lo tanto, regulan aspectos singulares y concretos de una materia determinada. Con esto quiero decir que, tanto los juristas —doctrina y jueces— como el propio legislador, dejan de tener en cuenta el principio de unidad que informa el ordenamiento jurídico, al considerar de forma individual estas Leyes.

Así, por ejemplo, las Leyes 11/81, de 13 de mayo, y 30/81, de 7 de julio, modificadoras del Código Civil, la una en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y la otra en sede de matrimonio, se analizan como Leyes singulares y se consideran, a cada una de ellas, competentes de forma única y exclusiva en la materia que regulan (5 tres). Ante esto, ha considerado la doctrina de forma generali-

---

(5 bis) Entre otras leyes cabe citar: la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio; la Ley 51/1981, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17-26 del CC; la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, entre otras. Y, recientemente, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción también, y la recentísima Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, en la que se prevé, entre otras, la modificación del artículo 159 del CC. A su vez, esta disciplina que llamamos Derecho civil se ve modificada en su contenido y afectada en su forma —téngase en cuenta que Derecho civil ya no es únicamente el contenido en los 1.976 artículos que forman dicho Cuerpo legal— por otras leyes “extrañas” al Código Civil, como la 42/1988 sobre técnicas de reproducción asistida. Y todo ello, amén de otras leyes igualmente externas al Código Civil, que viene a regular y a modificar materias que siempre han sido de su competencia, como, por ejemplo, la regulación de los arrendamientos tanto rústicos como urbanos.

(5 tres) A este respecto, dice María Asunción LINACERO: “Cierta sector doctrinal considera que ante esta dualidad de regulación —refiriéndose a las leyes citadas— la normativa ubicada en sede de patria potestad se refiere única y exclusivamente a la

zada que, aun ventilándose problemas referentes a la patria potestad, en los supuestos de separación, nulidad o divorcio se han de aplicar los artículos 90 y siguientes del Código Civil. Por el contrario, y ante una misma cuestión referente a la patria potestad, si los padres no están casados, se habrán de aplicar los artículos 154 y siguientes, éstos en sede de relaciones paterno-filiales.

La crítica a esta forma de actuación y aplicación de la norma no quiere suponer que estemos ante un planteamiento erróneo. Es consecuente que encontrándonos ante un supuesto de padres casados que estén tramitando su separación conyugal, los problemas referentes a los hijos, en lo que respecta a la guarda y custodia, así como al ejercicio de la patria potestad, encuentren una primera solución mediante la aplicación de los preceptos legales que regulan los efectos de la separación entre cónyuges.

Con este proceder simplemente aplicamos el principio general que nos indica la preferencia de la norma especial sobre la general. Pero esta actuación no nos debe conducir a una desconexión total con la regulación de la patria potestad, de manera que excluyamos su regulación por el mero hecho de que los padres están casados. Lógicamente, si el problema que se pretende resolver afecta a las relaciones entre padres e hijos, también serán aplicables las normas que a este respecto contiene el Código Civil, y ello aunque no estén en el mismo título y capítulo que los efectos de la separación matrimonial.

Esta aplicación desconectada de la norma, como si cada título del Código Civil fuera un apartado estanco, exclusivo y excluyente en la materia que regula, alcanza, a mi juicio, especial relieve en el supuesto de estas dos Leyes citadas —que, por lo demás, tienen gran relación la una con la otra— y, sobre todo, en punto a la interpretación del supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156 del Código Civil, objeto de este estudio.

En efecto, la aplicación de unos preceptos u otros del Código Civil para un mismo supuesto de hecho, según estén o no casados los padres, considero que encuentra su explicación en la tramitación separada, pero simultánea en el tiempo, de ambas Leyes.

El 14 de septiembre de 1979 se presenta en las Cortes generales un proyecto de Ley sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Tras un largo debate parlamentario, tanto en el Congreso como en el Senado, alcanza este proyecto —a los casi dos años de su presentación— la luz como Ley

---

separación fáctica de los progenitores, sin que en ningún momento pueda ser aplicada a supuestos de separación judicial". No obstante, la opinión de esta autora no es tan radical por lo que respecta a este precepto. Estos mismos argumentos "Acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 159 del Código Civil", *RDP*, 1990, pág. 287.

el 19 de mayo de 1981, fecha en la que aparece publicada en el *Boletín Oficial del Estado*. Mientras, el 13 de mayo de 1980, se presenta a las Cortes un proyecto de Ley sobre modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil y la determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Este proyecto aparece publicado con rango de Ley el 20 de julio de 1981. Como vemos sólo hay dos meses de diferencia entre la publicación de una y otra Ley, y sin embargo es muy notable el tiempo empleado en la tramitación de cada una de ellas.

La explicación a la diferencia de tiempo en la tramitación de estas leyes, considero, que se encuentra en la exposición de motivos que antecede a cada uno de los proyectos de Ley. En efecto, como hemos visto la Ley de 13 de mayo de 1981 atendía a la regulación de los tres grandes principios ya comentados, por el contrario la Ley de 7 de julio se ocupaba de una sola cuestión: "una puesta al día de nuestro ordenamiento jurídico", esto es, el desarrollo del artículo 32 de la CE.

Esta diferencia de objetivos, o principios, propició que, aun discutiéndose ambas Leyes a la vez en el tiempo, su tramitación fuera singularmente autónoma. En efecto, los mismos diputados y senadores discurrían acerca de cuestiones de patria potestad, régimen económico del matrimonio, así como de problemas referentes a la separación, nulidad o divorcio matrimonial. Sin embargo, la atención de los problemas planteados, así como su posible resolución, se lleva a cabo de una forma separada, teniendo en cuenta la sede y competencia del proyecto de Ley que en ese momento se aprueba o se somete a enmiendas. Si junto a esto recordamos que la Ley de 13 de mayo de 1981 desconecta el ejercicio y titularidad de la patria potestad de la relación matrimonial, para no hablar de cónyuges sino de padres, creo que se explican por sí mismos los problemas de interpretación planteados en esta materia.

En efecto, las relaciones paterno-filiares se discurren y plantean sin relacionarlas con el matrimonio, atendiendo así el principio de igualdad entre los hijos con independencia de su filiación. De ahí que, en los supuestos de separación matrimonial, se pretende aplicar de forma exclusiva los pocos preceptos, y nada desarrollados, que hacen referencia a padres y a hijos, sin acudir a la regulación del título VII del Código Civil, que parece quedar postergada a las relaciones de parejas no casadas. A este respecto, me parecen interesantes las siguientes palabras de LINACERO DE LA FUENTE (5 cuatro): "A mi parecer, puede afirmarse que el artículo 159 del Código Civil incluye los casos de separación matrimonial de hecho y de filiación extramatrimonial en que los padres no vivan juntos, y ello

---

(5 cuatro) María Asunción LINACERO DE LA FUENTE: "Acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 159 del Código Civil", en *RDP*, 1990, pág. 568

*fundamentalmente por la ubicación de la norma comentada.* En efecto, (...) el actual artículo 159 del Código Civil *se ubica fuera del ámbito del matrimonio en el título VII, que versa acerca de las relaciones paterno-filiales*, lo que permite invocar su aplicación en la hipótesis de padres no unidos en matrimonio que no convivan juntos y separación de hecho". No obstante, y por lo que a este artículo 159 respecta, la doctrina en general lo entiende aplicable a los supuestos de separación nulidad y divorcio, si bien, parten de esta ubicación para considerarlo, en principio, aplicable a los supuestos de relaciones extramatrimoniales o de separación de hecho, e inmediatamente después, y a renglón seguido —como también hace la autora citada (5 cinco)— llegar a la consecuencia de su necesaria aplicación a los casos de ruptura matrimonial mediante pronunciamiento judicial.

Todo esto nos lleva a enfrentarnos con unos graves problemas de interpretación. En concreto, saber en cada uno de los casos cuál es el supuesto de hecho que contempla la norma, para poder aplicar su consecuencia jurídica.

Para concluir, sólo quiero dejar constancia de que esta problemática planteada no es exclusiva de esta materia. El Derecho Civil, por desgracia, padece este mal con carácter endémico. La razón de esto no es otra que la emanación abundante, prolija y desordenada de normas civiles, investidas de un carácter autónomo, cuando en realidad no dejan de ser meros aspectos de un mismo problema. Por ello, creo que, hoy en día, habrá que someter a revisión la frase de CARL SCHMITT (5 seis) que, refiriéndose al Derecho administrativo, dice que éste sufre una legislación motorizada: parece que esa abundancia legislativa ya no es monopolio exclusivo del Derecho administrativo.

## 2. EL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 156

### A) *Formación parlamentaria*

El proyecto de Ley sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio no contenía, por lo que se refiere a la patria potestad, ninguna referencia a cómo

---

(5 cinco) María Asunción LINACERO se expresa de la siguiente forma: "En suma, el artículo 159 del CC contiene un criterio específico para encomendar el cuidado de los hijos menores de siete años, válido para cualquier tipo de separación", en *ob. cit.*, pág. 569.

(5 seis) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I. Edit. Civitas, S A., Madrid, 1989, pág. 70.

se debía ejercer ésta en el caso de que los padres vivan separados (6). La introducción de un párrafo que regulase esta especialidad, hasta configurarse con la redacción que hoy tiene el párrafo 5 del artículo 156, vino de la mano de las enmiendas introducidas en el Congreso y Senado.

Los diputados de algunos Grupos Parlamentarios expresaron su preocupación por establecer cómo se debería ejercer la patria potestad de los hijos no matrimoniales, puesto que el artículo 156 no contenía norma expresa sobre este punto. Así fue en un primer momento el Partido Comunista el que, a través de la enmienda 114, propuso añadir un nuevo párrafo al artículo 156, para solucionar esta cuestión.

El párrafo que proponían añadir era del siguiente tenor: "La patria potestad de los hijos no matrimoniales corresponderá exclusivamente a la madre, salvo que el padre acredite la convivencia estable con el hijo en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo. El Juez, cuando lo justifique el interés del menor, podrá atribuir indistintamente la patria potestad a ambos progenitores o en exclusiva al padre, y resolverá las controversias que se susciten sobre la persona y bienes del hijo y, en su caso, régimen de visitas del progenitor que no lo tenga en su compañía".

La justificación (7) de esta enmienda era para el Partido Comunista atender a un hecho sociológico claramente comprobado: el hijo no matrimonial se halla más vinculado a la madre que al padre en casi todos los supuestos.

---

(6) La redacción del artículo 156 en el proyecto presentado a las Cortes era la siguiente: "La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento del otro. Sin embargo, valdrán los actos que realice uno solo de ellos conforme al uso social y a las circunstancias

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien después de oír a ambos y al hijo si tuviere suficiente juicio, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá exceder nunca de dos años.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro".

(7) Los motivos que alegó el Partido Comunista para que se introdujera este nuevo párrafo fueron los siguientes: "En cuanto a los hijos no matrimoniales, el proyecto resulta aún menos convincente que el anteproyecto, que otorgaba la patria potestad al progenitor que reconoció primero; y reconoce un hecho sociológico claramente comprobado: que el hijo no matrimonial, aparte de que en muchos casos es reconocido en primer término por la madre, se halla más vinculado a ésta que a su padre en casi la totalidad de los supuestos; en esta realidad se basa la fórmula propuesta". Cfr. en los trabajos parlamentarios citados en la nota 4.

En el tema de la separación de los padres también incidió el Grupo Parlamentario de Coalición Democrática. La enmienda que a este fin presentaron —n.º 453— pretendía añadir el párrafo primero del artículo 156 el siguiente supuesto: “Si los padres viven separados de hecho, tendrá la potestad aquel de ellos con quien los hijos convivan”. La portavoz parlamentaria de CD, María Victoria Fernández-España y Fernández-Latorre, justificaba la necesidad de recoger este supuesto “para llenar una laguna legal que podría perjudicar al hijo”.

En el informe de la ponencia se rechazó la enmienda del PC, y no se dijo nada de la propuesta por CD. No obstante, el informe de la ponencia reflejó la preocupación que los parlamentarios mostraban sobre cómo sería el ejercicio de la patria potestad en el caso de separación de los padres. Así, al artículo 156 se le añadió un nuevo párrafo: “Si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel que viva permanentemente con el hijo”.

La redacción definitiva del párrafo 5 del artículo 156 proviene de la enmienda 119 presentada por el Grupo Parlamentario en el Senado de la Unión de Centro Democrático. La justificación que dio este Grupo Parlamentario fue la siguiente: “El proyecto al regular la patria potestad, no hace apenas distinción entre la filiación matrimonial y la no matrimonial (...), el proyecto es demasiado simplista, pues la situación de los padres es mucho más rica según se trate de unos hijos u otros. Por eso la CGC regulaba separada y minuciosamente el ejercicio de la patria potestad de los hijos no matrimoniales. Como reproducir esta reglamentación supondría una alteración sustancial en el articulado, tal como el proyecto estaba redactado, puede bastar un retoque o modificación en el último párrafo del artículo 156 en la forma que se propone. Porque si los padres viven separados (y lo mismo puede decirse si el problema se plantea relativamente a la filiación matrimonial en el caso de separación de hecho de los cónyuges), atribuir lisa y llanamente la patria potestad al progenitor que viva permanentemente con el hijo es una solución demasiado simplista.

La separación no se opone necesariamente a que se aplique la regla general; es decir, el ejercicio conjunto de la patria potestad. Y, tampoco, a que determinadas funciones (por ejemplo, la administración de los bienes del hijo) correspondan al padre y las restantes a la madre.

Si se acepta la redacción que se propone, —la que hoy aparece en nuestro Código Civil— el problema puede resolverse con mayor flexibilidad en atención a las circunstancias que concurrieren en cada caso”.

Efectivamente se aceptó la enmienda del UCD en el Senado, convirtiéndose en la redacción que hoy presenta el párrafo 5 del artículo 156.

### B. *Principios que lo informan*

El proyecto de Ley, tal y como hemos visto, no estableció una regulación claramente diferenciada entre la filiación matrimonial y la no matrimonial. Quizá porque la Constitución Española de 1978 en su artículo 32.2 declara la plena igualdad jurídica de los hijos ante la Ley (8). Además, como justifica la exposición de motivos de la Ley, la patria potestad está desconectada del matrimonio, relacionándose más bien con el concepto de filiación, con independencia de que esta sea o no matrimonial. Así el artículo 156 comienza diciendo: "La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores..." En efecto, no se habla de cónyuges, sino de progenitores. Por ello no se estableció en el proyecto un régimen distinto para la filiación matrimonial o no matrimonial. Si los padres viven juntos independientemente de que estén o no casados, la regla será la que atribuye a ambos el ejercicio conjunto de la patria potestad. Sin embargo seguía existiendo la duda de cómo ejercitar la patria potestad en el caso de ruptura de la convivencia. Por ello el PC, atendiendo a la situación generalizada de vida separada entre las parejas reconocedoras de los hijos pero no casadas, se refería expresamente a la filiación no matrimonial. Igualmente lo hizo CD pensando en la separación de hecho de los padres.

Ambas situaciones, filiación no matrimonial o separación de hecho de los padres, movieron al legislador a introducir una norma que no aparecía en el proyecto. En concreto, el legislador centró el problema en la situación de vida separada de los padres, puesto que de vivir juntos se aplicarían las reglas generales. Aunque en *iter* legislativo se atiende principalmente a la filiación no matrimonial y a la separación de hecho como dice, entre otros, VENTOSO ESCRIBANO (9): "el supuesto de hecho contemplado en el párrafo 5 del artículo 156 puede ser más amplio".

---

(8) En concreto, este argumento fue utilizado por RUIZ NAVARRO I GIMENO oponiéndose en su contestación a la defensa que de la enmienda 114 llevó a cabo el diputado comunista SOLÉ BARBERA. Así, dice RUIZ NAVARRO: "... a través de todo este proyecto lo que se está evitando es la discriminación entre los hijos no matrimoniales y matrimoniales. Y sin más, en esta enmienda 114 se rompe el deseo de evitar la no discriminación entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales..."

(9) Alfonso VENTOSO ESCRIBANO: *La representación y distribución de los bienes de los hijos*, Edit. Colex, Madrid, 1989, págs. 132 y sigs.

## II. LA PATRIA POTESTAD: DISTINCION ENTRE TITULARIDAD Y EJERCICIO

### I. TITULARIDAD

El legislador en la reforma del 81 ha diferenciado dos conceptos: titularidad y ejercicio (10). En la anterior redacción del Código no se establecía esta distinción. El artículo 154 del CC disponía: "El padre, y en su defecto la madre, tiene la potestad sobre sus hijos legítimos". El párrafo segundo del mismo artículo regulaba la patria potestad sobre los hijos menores de edad no matrimoniales, entonces llamados naturales, y de los adoptivos. La regulación era la siguiente: "Los hijos naturales reconocidos, y los adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre o la madre que los reconoce o adopta".

Actualmente el Código Civil, como ya decíamos, distingue entre titularidad y ejercicio. La titularidad de la patria potestad la ostentan los padres sobre sus hijos menores, tanto si es filiación matrimonial como no matrimonial reconocida o adoptiva. A este respecto dispone el actual artículo 154 CC: "Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad del padre y de la madre". Este precepto es clara muestra de las innovaciones que presenta el nuevo régimen de la patria potestad. En primer lugar, en la expresión "hijos no emancipados" se incluyen sin distinción a todos. No hay ahora un régimen distinto cualquiera que sea la filiación. En segundo lugar, la titularidad de la patria potestad corresponde conjuntamente y por igual a ambos padres. Esta declaración de titularidad conjunta era obligada. Y no sólo por la consecuencia fundamental que de ello se deriva: el ejercicio conjunto de la patria potestad, sino por las excepciones que operan frente a esta regla general. En efecto, el artículo 156 CC declara en su párrafo primero que la patria potestad la ejercerán conjuntamente ambos progenitores. Inmediatamente, a renglón seguido, se flexibiliza la regla: "o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro". Igualmente serán válidos los actos que realice uno solo de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en caso de urgente necesidad. A su vez, el artículo 156 en su último párrafo, y para el caso en que

---

(10) Buscando antecedentes que distingan entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, hay que acudir al Codice italiano de 1865, que ya en esta antigua redacción introducía esta diferencia. Atribuía la titularidad a ambos padres y su ejercicio al varón. Sólo en defecto de éste se atribuía el ejercicio a la madre.

Reformado el Codice, se ha mantenido la distinción. La jurisprudencia italiana (S. cas. 19 noviembre 1976) posterior a la reforma ha considerado útil mantenerla para describir la patria potestad de los padres que viven separados.

los padres vivan separados, atribuye el ejercicio de la patria potestad al padre que conviva con el hijo. Ahora bien, en este caso, como en los anteriores, ambos padres conservan la titularidad de la patria potestad. Al seguir siendo titular de la patria potestad, y aunque no la ejerza, continua en la obligación de velar por el hijo, alimentarle y, en definitiva, por todo el elenco de obligaciones que integran la patria potestad. Así mismo, puede fiscalizar el ejercicio que de la patria potestad lleva a cabo el otro progenitor y, en su caso, alegando la titularidad que ostenta, acudir al Juez solicitando su auxilio. Igualmente, en los casos de nulidad, separación y divorcio, el padre que no tiene atribuida la guarda y custodia del hijo, y quizá tampoco tenga asignado el ejercicio de la patria potestad, sigue conservando su titularidad y podrá vigilar el ejercicio que de la patria potestad realice el otro.

En definitiva, podemos decir con DE PRADA GONZÁLEZ, “que la patria potestad corresponde a los padres por el mero hecho de la filiación comprobada”. La titularidad de la patria potestad concede a quienes la ostentan la posibilidad de actuar su ejercicio. Y, aun en los caso en que no la ejerza, o incluso esté privado del ejercicio —pár. 5 del art. 156 o situaciones de separación legal, nulidad o divorcio en los que se haya atribuido el ejercicio al otro padre—, puede intervenir (11) en las decisiones del otro o requerir el auxilio judicial.

---

(11) Vengo diciendo que el ser titular de la patria potestad significa la posibilidad de ejercitar las funciones que integran la misma. También que en los casos en que uno de ellos no la ejerza, el seguir siendo titular le permite fiscalizar las actuaciones que en orden al ejercicio de la patria potestad realice el padre ejerciente de la misma. Todo esto es así porque la titularidad, aun sin ejercicio, no está exenta de las funciones, deberes y derechos que integran la patria potestad. Ahora bien, aun en los casos de privación de la patria potestad —contenidos en el art. 170 CC— en los que el padre privado pierde su titularidad, y como consecuencia de esto la posibilidad de ejercicio, es lo cierto que ya no podremos aplicarle el contenido del artículo 154 CC. Sin embargo, como dice DE LA PRADA GONZÁLEZ: “Aun en los casos de privación de la patria potestad a uno de los padres, éste sigue conservando unas obligaciones mínimas respecto del hijo, las contenidas en los artículos 110 y 111 del CC” (*ob. cit.*, pág. 268).

Además, quiero añadir que aun privado uno de los padres de la patria potestad, y ahora con base en ese contenido mínimo del artículo 110, que entre otros deberes le imprime la obligación de velar por el hijo, podría igualmente denunciar un mal ejercicio de la patria potestad por parte del otro progenitor, ahora además único titular. Pero si este padre privado de la potestad quiere intervenir propiamente en el ejercicio de la patria potestad, deberá, para poder actuar el ejercicio, recuperar la titularidad a través de otra declaración judicial, según dispone el párrafo 2 del artículo 170 del CC.

## 2. EJERCICIO

Según el artículo 154 CC la patria potestad de los hijos no emancipados corresponde a los padres. Y ello con independencia de que los hijos sean o no matrimoniales o adoptados.

La patria potestad tiene un doble contenido, patrimonial y personal, que debe ser ejercitado por los padres en interés del hijo.

El contenido de la patria potestad se determina de forma genérica en el artículo 154 del CC, al decir que “comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”, en cuanto contenido personal. Y, como contenido patrimonial, representarlos y administrar sus bienes.

Para llevar a cabo estos deberes y facultades es preciso ejercer la patria potestad. Las reglas de ejercicio de la patria potestad se encuentran en el artículo 156 del CC. En efecto, como regla general se establece el ejercicio conjunto de la patria potestad. Esto quiere decir, que las decisiones que atañan al hijo deben ser tomadas de común acuerdo por los padres. Así, por ejemplo, entre los dos deberán decidir a qué colegio ha de ir el hijo; cuál sea la educación religiosa que ha de recibir, o incluso si ha de recibir alguna; si venden o no un inmueble propiedad del hijo —desde luego con previa autorización judicial—, etc. Sin embargo, esta regla del ejercicio conjunto se flexibiliza para atender a la realidad. Así continúa diciendo el artículo 156 en qué casos puede ejercerla uno solo de ellos (12) y cómo serán los actos así concluidos.

El legislador, consciente de que el ejercicio dual de la patria potestad supone decidir todas las cuestiones por unanimidad, introduce la posibilidad de acudir al Juez en caso de desacuerdo entre los padres. Así, por ejemplo, si los padres no logran ponerse de acuerdo sobre a qué colegio debe de ir el hijo, puesto que cada uno de ellos ha elegido uno distinto, podrá acudir el juez, quien después de oír a ambos y al hijo si tuviere suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.

En conclusión, podemos afirmar, junto con la generalidad de la doctrina, lo siguiente:

---

(12) Téngase en cuenta que en estos casos ambos padres son titulares de la patria potestad. Y aun cuando la ejerce uno solo de ellos, ambos conservan el ejercicio; esto es, el que en ese momento o para ese caso no está ejerciendo la patria potestad, no significa que haya sido privado de ella. Porque la patria potestad es un derecho irrenunciable, inalienable e intransmisible del que su titular sólo puede ser privado por sentencia judicial (art. 170 CC). Incluso tratándose del ejercicio, éste sólo puede ser suspendido por el Juez (arts. 156.2, 90 y sigs. CC, donde el ejercicio vendrá determinado por lo que diga la sentencia).

Primero. La titularidad de la patria potestad la ostentan los padres sobre sus hijos menores no emancipados. Tanto si son hijos matrimoniales, como no matrimoniales reconocidos o adoptados.

Segundo. Los titulares de la patria potestad, para cumplir los deberes inherentes a la misma, tienen atribuidas una serie de facultades para ejercitar la patria potestad. Ejercicio que ha de llevarse a cabo en interés y beneficio del hijo, y de acuerdo con la personalidad de éste.

### III. EL ARTICULO 156, PARRAFO 5

#### 1. CÓMO SE REGULA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, SI LOS PADRES VIVEN SEPARADOS

El párrafo 5 del artículo 156 dispone: "Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio".

Verdaderamente nos encontramos ante una nueva regla de cómo se ha de ejercer la patria potestad, pues en el supuesto de que los padres vivan separados el ejercicio ya no se dice que sea conjunto.

Como hemos visto, este párrafo fue introducido en el *iter legislativo* de la Ley del 81. Ni el anteproyecto del 78 ni en el proyecto del 79 se regulaba tal peculiaridad. Hemos de tener en cuenta a que las normas que, para el ejercicio de la patria potestad, contienen los cuatro primeros párrafos del artículo 156 CC no se refieren exclusivamente a la familia legal, esto es, a la constituida por matrimonio. Por ello esas reglas son igualmente aplicables a las parejas de hecho que hayan reconocido al hijo o lo hayan adoptado, siempre y cuando vivan juntos.

En efecto, si los padres viven separados, ya no se aplica la regla general del ejercicio conjunto o unitario de uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro, o en situaciones conforme al uso social o en casos de urgente necesidad. En el caso de que los titulares de la patria potestad vivan separados se atribuye, en principio, el ejercicio de la patria potestad al que conviva con el hijo. No obstante, como dice VENTOSO ESCRIBANO (13), la aplicación efectiva del párrafo 5 del artículo 156 —que ejerza la patria potestad el padre que conviva con el hijo— será únicamen-

---

(13) Alfonso VENTOSO ESCRIBANO. *Ob. cit.*, págs. 133 y sigs.

te, cuando no haya habido y previo convenio entre los padres que deciden separarse. En efecto, si la separación es de Derecho, el convenio entre los padres viene prescrito en los artículos 90 y 103 del CC. Esta misma posibilidad, entiende VENTOSO ESCRIBANO: “tampoco hemos de negarla en la separación de hecho —tanto si estaban casados los padres o simplemente vivían juntos—, puesto que han podido prever cómo sea el ejercicio de la patria potestad mediante pacto”.

## 2. EL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 156 EN SU PÁRRAFO 5 DEL CÓDIGO CIVIL

### A) *Introducción. Planteamiento del problema*

El problema con el que se enfrenta la doctrina, y en el que también se han de pronunciar los tribunales, es saber qué situaciones se subsumen en el supuesto de hecho de la norma. Junto a la determinación del supuesto de hecho es importante conocer qué se entiende por convivencia, puesto que de ambas expresiones obtendremos la consecuencia jurídica: el ejercicio de la patria potestad por el padre que conviva con el hijo.

Rememorando lo dicho sobre la formación parlamentaria de este precepto sabemos que, en un primer momento, surgió para atender a la situación de los hijos no matrimoniales —enmienda 114 del PC—, que generalmente suelen vivir en compañía de uno solo de los progenitores. Sin embargo, como dice DE PRADA GONZÁLEZ (14): “la obsesión de un sector del Parlamento (15) de evitar siquiera el referirse a dicha situación en materia de patria potestad, les llevó al eufemismo de hablar sólo de padres que viven separados”.

En definitiva, al quedar redactado el párrafo 5 del artículo 156 en la forma que contiene el Código, se ciernen importantes dudas sobre el intérprete, para saber qué situaciones puede subsumirse en ese supuesto de hecho.

---

(14) José M.<sup>a</sup> DE PRADA GONZÁLEZ: *Ob. cit.*, pág. 281.

(15) El diputado comunista SOLÉ BARBERA, en su intervención en el Pleno de 17 de diciembre de 1980 —*Diario de Sesiones*, pág. 8871—, afirmaba: “... nosotros nos oponemos y continuamos pensando que es un tremendo error esta distinción que hace la Ley entre hijos no matrimoniales e hijos matrimoniales (...). Entonces, nosotros pretendemos añadir un nuevo párrafo, en el cual damos como principio que la patria potestad de los hijos no matrimoniales corresponde a la madre...”

B) *Posibles interpretaciones. Interpretación amplia y restringida*

La proposición condicional, “si los padres viven separados”, interpretada en un sentido amplio abarca diversas situaciones. En efecto, al no distinguir la norma entre separación de hecho o de Derecho, el supuesto permite incluir todo tipo de situaciones imaginables. Así, es posible subsumir los casos de nulidad, separación y divorcio —como “separación” de Derecho—. También la ruptura de la convivencia en parejas no casadas con filiación reconocida o adoptiva. En general, se incluyen todos los supuestos de filiación por naturaleza o adopción, sea o no matrimonial (16).

Tomando la expresión en un sentido restringido, las situaciones comprendidas serían: la separación de hecho de los padres y la ruptura de la convivencia en parejas reconocedoras no casadas. Interpretación de la norma que coincide con la presunta intención que a ella quiso darle el legislador.

C) *Posiciones doctrinales ante las anteriores interpretaciones*

Para la mayoría de la doctrina la norma contenida en el párrafo 5 del artículo 156 debe referirse a los casos de separación matrimonial de hecho, ruptura de la convivencia en parejas reconocedoras no casadas, así como las situaciones de hijos extramatrimoniales —quizá reconocidos por ambos o por uno solo de ellos— donde los padres no estén casados entre sí, aunque casados con otros.

El referir el supuesto de hecho a estos casos únicamente se debe a la regulación de la patria potestad, y en concreto de su ejercicio, que llevan a cabo los artículos 90 y 103 del Código, cuando la separación es de Derecho. En efecto, el artículo 90 CC dispone: “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 debe referirse al menos a los siguientes supuestos: A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el *ejercicio de ésta* y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos”. A través de este convenio regulador los cónyuges, que atraviesan una crisis matrimonial, quizá definitiva, regulan cómo será el ejercicio de la patria potestad. El precepto, consecuente con

---

(16) En las referencias que en este trabajo hago a la filiación por adopción calificándola de matrimonial o no matrimonial, sigo la terminología empleada por el profesor PÉREZ ALVAREZ, que considera la posibilidad de esta clasificación desde la reforma de la Ley 11/1989. Véase Miguel Angel PÉREZ ALVAREZ: *La nueva adopción*, Edit. Civitas, Madrid, 1989, pág. 170, nota 209.

lo dispuesto en el artículo 170, reconoce como titulares de la patria potestad a ambos cónyuges —“Hijos sujetos a la potestad de ambos”—. En base a esa titularidad, que cada uno de ellos ostenta, se procede a regular —pactar— cómo será el ejercicio de la patria potestad y, en su caso, a quién corresponde. Porque lógicamente, la situación, por lo que respecta al ejercicio, no es igual si conviven entre sí los padres con el hijo, que si están separados. Las situaciones podrían ser las siguientes:

— Atribuir la guarda y custodia sobre el hijo a uno de los padres, juntamente con el ejercicio de la patria potestad.

— Atribuir la guarda y custodia a uno de los padres y distribuir entre ellos el ejercicio de la patria potestad. Así, por ejemplo, que el cónyuge no conviviente lleva a cabo los actos de administración.

— Atribuir la guarda y custodia sobre el hijo a uno de los padres y establecer el ejercicio de la patria potestad por ambos. Esta situación, en la práctica, suele ser la menos adoptada, puesto que ambos habrán de decidir de mutuo acuerdo todas las situaciones referentes al hijo. En este caso las reglas del ejercicio de la patria potestad serían las contenidas en el párrafo primero del artículo 156. Y, es lógico pensar que, en esta situación no se la más adecuada, puesto que si las divergencias, por la causa que sea, han llevado a los cónyuges a la ruptura matrimonial, difícilmente ahora que están separados lleguen a una solución unitaria.

Claramente en los supuestos de separación de Derecho y de mutuo acuerdo no aplicamos directamente el contenido del párrafo 5 del artículo 156. Y ello, porque la norma especial debe prevalecer sobre la general. No cabe duda que el artículo 90 CC contiene, para estos caso, la posibilidad de que los cónyuges regulen con minuciosidad cómo y, en su caso, por quién habrá de ejercerse la patria potestad, cuya titularidad comparten.

Igualmente el artículo 103 CC, norma también especial y aplicable a la ruptura matrimonial del Derecho, regula el ejercicio de la patria potestad. Si bien, será ahora el Juez quien lo establezca, al no haber llegado los cónyuges a un acuerdo previo.

Especial mención merece el planteamiento de SEISDEDOS MUIÑO (17) para conseguir una interpretación restrictiva del supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156. El fundamento jurídico en el que se apoya es el artículo 92.4 del CC. No obstante, es conveniente advertir que la pretensión de la autora no es analizar el supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156, puesto que parte de su más estricta interpretación, sino el análisis de cómo debe ser el ejercicio de la patria potestad, según estemos

---

(17) Ana SEISDEDOS MUIÑO: *La patria potestad dual*, Edit. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988.

ante una separación judicial o de hecho. Así entiende que, en los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, salvo que los padres pacten acerca del ejercicio de la patria potestad, o intervenga el juez para disponer lo que crea conveniente, nos encontramos, aun en el supuesto de padres separados, con un ejercicio conjunto de la patria potestad, puesto que el artículo 156.5 del CC no es aplicable a la situación de separación judicial.

Esta es la explicación que, en general, mantiene la doctrina (18) española, para excluir del supuesto de hecho del artículo 156.5 CC la separación matrimonial del Derecho y el divorcio. Sin embargo, el profesor BERCOVITZ (19) entiende que la regla contenida en el párrafo 5 del artículo 156 es de carácter general y, por tanto, aplicable también a los supuestos de separación judicial.

#### D) *Interpretación judicial del supuesto de hecho del artículo 156.5 CC*

El Tribunal Supremo, todavía, no ha sentado jurisprudencia sobre cuáles sean los casos que integran el supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156. Sin embargo, contamos con algunos indicios.

En efecto, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de febrero de 1984, considera que es posible aplicar el artículo 156.5 CC, tanto a supuestos de separación matrimonial de hecho y ruptura de la convivencia en parejas reconocedoras no casadas como a los supuestos de separación legal.

Las Audiencias Territoriales también siguen esta línea. En concreto la Audiencia Territorial de Barcelona (20) aplica de forma reiterada el pá-

---

(18) Entre otros autores que mantienen una interpretación restrictiva acerca de los casos subsumibles en el supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156 CC, podemos citar a: José M.<sup>a</sup> CASTÁN VÁZQUEZ: "Comentario al artículo 156 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales*, Edit. EDESA, Madrid 1982, págs. 159-160; Jerónimo LÓPEZ PÉREZ: *Ob. cit.*, págs. 53 y sigs.; José PUIG BRUTAU: *Ob. cit.*, págs. 244 y sigs.; Ana SEISDEDOS MUIÑO: *Ob. cit.*, pág. 334; Margarita FUENTE NORIEGA: *La patria potestad compartida*, Madrid, 1986.

(19) Este autor dice: "La regla se extiende a todos los supuestos de separación legal o de hecho". Cfr. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: "Comentario al artículo 156.5 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Edit. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 1609-1700. De igual manera, Encarna ROCA TRÍAS, en "Comentario al artículo 92 del Código Civil", de la misma obra.

(20) Entre otras, pueden verse las siguientes Sentencias de la Audiencia Territorial de Barcelona: Sentencias de 25 de marzo de 1982 (*RJC*, t. II, 1983, págs. 222 y sigs.), 15 de diciembre de 1983 (*RJC*, t. II, 1984, pág. 322) y 16 de noviembre de 1986 (*RJC*, 1987, págs. 45 y sigs.). En este sentido —aplicación del art. 156.5 CC a separaciones legales— fallan igualmente los Tribunales de Primera Instancia de Cataluña. Así, entre otras, Sentencia de 16 de noviembre de 1982 del Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Mataró (*RJC*, t. II, 1983, pág. 548) y la Sentencia de 29 de diciembre de 1982 del Juzgado de Primera Instancia, número 14, de Barcelona (*RJC*, t. II, 1983, pág. 554).

rrafo 5 del artículo 156 a las separaciones matrimoniales. En especial me parece muy expresivo el segundo considerando de la Sentencia de 15 de diciembre 1983, dictada por la Sala Primera de la Audiencia Territorial en Barcelona. Actuó como ponente don Ricardo Ferrer, que a la sazón dice: "... al no existir en la sentencia privación de la patria potestad al recurrente, con respecto a los hijos comunes, de la que no pudo ser privado en las medidas provisionales al acordar sobre la custodia de los hijos, hay que entender que el recurrente mantiene compartida con la madre esa patria potestad de la que no ha sido privado, si bien, y como es lógico, al quedar al cuidado de la madre, viviendo los padres separados, cual expresa el artículo 156 del Código Civil, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien los hijos conviven...

Que los anteriores motivos conducen a la desestimación de los motivos del recurso que se basan en una supuesta declaración de cónyuge culpable del recurrente, que no existe, y en una supuesta privación de la patria potestad, que tampoco existe, respecto de los hijos comunes de los que postula en esta alzada que continúen bajo la guarda de la madre, a quien por tal circunstancia corresponde el ejercicio efectivo de la patria potestad de la forma corriente en tanto no medie solicitud fundada del padre, para que el Juez, pueda adoptar los procedentes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 156 del CC..."

De esta transcripción podemos obtener la siguiente consecuencia:

El Juez aplica la previsión contenida en el artículo 156.5 CC a los supuestos de separación de Derecho, como una consecuencia jurídica ante la vida separada de los padres. En efecto, al producirse la separación de los padres resulta como consecuencia lógica y evidente que estos vivan separados. Igualmente los hijos quedarán al cuidado de uno de los padres (art. 92.4 *in fine* CC), ostentando éste la guarda y custodia sobre los hijos. Ante estas circunstancias, vida separada de los padres y que los hijos convivan con uno de ellos, el Juez aplica la consecuencia jurídica del párrafo 5 del artículo 156 CC (21).

---

(21) Esta aplicación judicial del párrafo 5 del artículo 156 del Código Civil a los casos de nulidad, separación o divorcio es profundamente criticada por SEISDEDOS MUIÑO. Partiendo de una interpretación restringida del supuesto de hecho del artículo 156.5, considera que no se debe aplicar a los casos de ruptura judicial del matrimonio; y para conseguir el mismo resultado previsto en el artículo 156.5 (ejercicio exclusivo de la patria potestad por el padre que conviva con el hijo —que, por lo demás, ella misma entiende que es la solución más adecuada en la práctica—) estima que el fundamento jurídico del Juez debe ser el párrafo 4 del artículo 92 del Código Civil. Véase *ob. cit.*, pág. 340. En este mismo sentido, FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA. *Elementos de Derecho civil*, IV (Derecho de Familia). Dirigido por J. L. Lacruz Berdejo, Edit. Bosch, 1984, pág. 256.

La aplicación de la norma en este sentido me parece razonable, siempre que se tenga en cuenta lo siguiente:

a) Estamos ante una norma de carácter general, por ello su aplicación sólo se producirá —en los casos de separación legal o divorcio— si los padres no han dispuesto otra cosa en el convenio regulador. Convenio que deberá ser homologado por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (párr. 2.º del art. 90 CC).

b) En consecuencia con lo anterior, el Juez puede aplicar lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 156 CC como un fundamento jurídico, para razonar su oposición a lo convenido por los cónyuges —y siempre que estime y motive que hay un daño para los hijos o perjudique a uno de los cónyuges— o para resolver acerca de quién ejerce la patria potestad si no se ha llegado a un acuerdo por los padres (arts. 103 y 92.4 del CC) ante la situación de vida separada y convivencia de los hijos con un solo progenitor. Lo que no me parece oportuno es la aplicación indiscriminada del párrafo 5 del artículo 156 CC, esto es, su aplicación como única consecuencia posible ante la separación de los padres, puesto que no es éste el alcance de la norma y, además, supondría la imposible aplicación del artículo 90 CC, al no poder nunca decidir los padres sobre esta materia. En efecto, si como consecuencia de la separación de los padres la convivencia de los hijos con uno solo de ellos aplicamos directamente lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 156 CC, llegamos a la consecuencia de que los padres no pueden establecer en el convenio regulador otra cosa; y no es éste el efecto que establece el Código Civil en esta materia.

En definitiva, considero que tendremos que concluir, tal y como mantiene la doctrina, que en los supuestos de separación judicial y divorcio son los cónyuges los que a través del convenio regulador (art. 90.1.a) CC) pueden establecer cuál sea el modo de ejercer la patria potestad y a quién corresponde, no siendo de aplicación directa lo dispuesto en el artículo 156.5 CC. Ahora bien, el Juez puede aplicar dicha norma para oponerse al convenio regulador si lo estima conveniente o para establecer que sea ejercida la patria potestad por uno solo de los cónyuges si éstos no han llegado a ningún acuerdo. Pero igualmente podría el Juez establecer otra cosa —por ejemplo, distribuir el ejercicio entre ambos o, incluso, establecer el ejercicio conjunto de la patria potestad— en uso de las amplias facultades que la Ley le concede. A este respecto, creo conveniente hacer la siguiente matización.

La profesora SEISDEDOS MUIÑO, así como gran parte de la doctrina, consideran que la única base legal del Juez para establecer la consecuencia

jurídica del ejercicio exclusivo de la patria potestad por parte del padre que conviva con el hijo debe ser el artículo 92.4 del CC.

La razón de este planteamiento es la interpretación y aplicación separada de los artículos del CC —unos referentes a la patria potestad y otros a los efectos de la separación matrimonial— modificados por las Leyes 11 y 30 de 1981.

En efecto, esta visión parcial y autónoma de normas que únicamente tratan aspectos diversos de una misma realidad impide la aplicación del artículo 156.5 del CC a los supuestos de ruptura matrimonial declarada por sentencia. Sin embargo, considero que el párrafo 5 del artículo 156 del CC no es de imposible e inconveniente aplicación a los supuestos de separación, nulidad o divorcio regulados en el título IV, libro I, del CC. Si los cónyuges tramitan su separación de común acuerdo deberán acompañar junto al escrito de demanda un convenio regulador, en el que deben establecer, entre otras cosas, a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad (arts. 81 y 90.1.a) del CC, y disp. adic. 6.<sup>a</sup> de la Ley 30/1981, de 7 de julio). Si de los pactos que en este convenio establezcan los cónyuges no se deriva un posible perjuicio para ellos o los hijos, el Juez, previa ratificación de lo convenido por las partes, homologará los pactos previstos y, mediante sentencia, declara la separación de los cónyuges. En consecuencia, no se aplica para este caso lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 156. (Pero no olvidemos que tampoco sería de aplicación en el supuesto de hecho admitido por toda la doctrina —separación de hecho o ruptura de la convivencia en parejas no casadas— si hubo un previo acuerdo entre los padres.)

Ahora bien, aun en este supuesto, puede suceder que el Juez estime inconveniente lo pactado. En este caso, y en primer lugar, conminará a los cónyuges para que reformen lo convenido (art. 90.2 CC). Y si todavía considera impertinente la propuesta de convenio, podrá el Juez establecer lo que estime más oportuno. Es en este punto —establecer lo que estime más oportuno— donde entra en juego, por lo que respecta a la patria potestad, el artículo 92.4 del CC. Esta norma es la que FACULTA (22) al Juez para decidir incluso en contra de lo pactado por los cónyuges. Si en uso de esta facultad decide que la patria potestad sea ejercida por el padre que conviva con el hijo, parece razonable que al coincidir con lo ya

---

(22) La diputada PELAYO DUQUE dice a este respecto: "... en el apartado último del artículo 92 de este proyecto de Ley, cuando se conceden al Juez amplias facultades para acordar, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos", en *Código Civil (reformas 1978-1983). Trabajos parlamentarios*. II. Dirigidos por Fernando Santaolalla, Edit. Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, pág. 1684.

previsto por el legislador funde su decisión en la norma que así lo establece (art. 156.5 CC).

El mismo razonamiento es válido para los supuestos de separación contenciosa, si bien ahora la parte demandante propondrá unas medidas provisionales (art. 103 CC) en las que también se discutirán los problemas concernientes a la patria potestad. Igualmente, el Juez está facultado para decidir, en interés de los hijos, lo que estime más conveniente.

En consecuencia, el artículo 92.4 no es el único fundamento para establecer el ejercicio exclusivo de la patria potestad por parte del padre que conviva con el hijo. En este precepto se autoriza al Juez para que libremente decida lo que estime más conveniente para el desarrollo de la personalidad del hijo, y a partir de esta libertad de decisión, por supuesto siempre motivada, podrá el Juez referirse en fundamento de su decisión al párrafo 5 del artículo 156 del CC.

En conclusión, la aplicación del párrafo 5 del artículo 156 CC es, para el Juez, un fundamento de sus decisiones, no una consecuencia jurídica inevitable que ha de establecer. La consecuencia jurídica que prevé el párrafo 5 del artículo 156 CC es una de las posibles que el Juez puede adoptar, no la única, aunque posiblemente sea la más conveniente. Por ello los Tribunales se han apoyado en esta norma para atribuir el ejercicio de la patria potestad al cónyuge que conviva con los hijos.

#### E) *Criterios que ante estas situaciones aplican otros países*

Este problema, que ha tenido que abordar nuestra doctrina, viene motivado por no haber seguido la forma de actuación en el Derecho comparado. Las legislaciones extranjeras vecinas a España, como la francesa y la italiana, y aun estando más alejada también la alemana, han solventado con mucho mejor criterio este problema.

En general, las legislaciones de los países referidos distinguen claramente entre familia legal y familia de hecho, por lo que la aplicación de las normas para cada uno de los casos no plantea problemas.

En Francia, el artículo 374 del CC establece cuál es y a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad en el caso de la familia natural. Así se establece el ejercicio conjunto de la patria potestad cuando el hijo es reconocido por el padre y por la madre. Si sólo lo ha reconocido uno de los dos, éste la ejercerá. En caso de desacuerdo se prevé el auxilio judicial igualmente que si se hubiese constituido la familia por matrimonio.

En Italia se regula el ejercicio de la patria potestad de los progenitores no casados en los artículos 250 y 317 del Codice. Las reglas son similares a las francesas.

Atribuyen el ejercicio de la patria potestad al progenitor que primero reconozca al hijo. En caso de reconocimiento por parte de ambos progenitores, el ejercicio de la patria potestad será conjunto si conviven ambos con el hijo. En ausencia del presupuesto de la convivencia, la patria potestad será ejercida por aquel que primero haya hecho el reconocimiento.

Cuando conviven ambos progenitores no casados con el hijo hay un reenvío del artículo 316 —que regula el ejercicio de la patria potestad de las parejas casadas—. Como dice BUCCIANTE (23), esta disposición del legislador ha llevado a pensar a la doctrina que hay un intento de reconocer o de dar relevancia a la familia natural.

En Alemania, el BGB también distingue entre hijos matrimoniales y no matrimoniales. Incluso dentro de la regulación de la patria potestad —ciudadano paterno, dice el BGB— de los hijos matrimoniales se contiene en el artículo 1.672 una regla para el caso de vida separada de los padres. Dicho precepto comienza diciendo: “Si los padres viven no sólo temporalmente separados...”; en este caso no hay problemas para integrar el supuesto de hecho, puesto que dicho precepto se incluye en el capítulo dedicado al matrimonio. En los artículos 1.705-1.710 se regula la patria potestad de los hijos no matrimoniales, que se atribuye (art. 1.705) a la madre.

#### F) *¿Qué significa que el hijo conviva con uno solo de los padres?*

De forma escueta, podemos decir junto con VENTOSO ESCRIBANO (24), e igualmente interpreta la generalidad de la doctrina, “la convivencia a que se refiere la norma debe entenderse como efectiva ocupación y atención para con el hijo”. Por ello no es necesario que la convivencia sea física en sentido literal: la patria potestad será también ejercida aunque el hijo esté interno en un colegio.

### 3. CONCLUSIONES

A la luz de las posibles interpretaciones que del supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156 CC se pueden mantener, el estudio de las posiciones doctrinales y la aplicación de la norma por los Tribunales, considero que hemos de establecer una interpretación amplia del supuesto de hecho

---

(23) A. BUCCIANTE: “La potestà del genitori, la tutela e l'emancipazione”, en *Trattato di Diritto Privato*, 4 (*personae e famiglia III*). Diretto da Pietro Rescigno, Edit. UTET, 1982, págs. 465 y sigs.

(24) Alfonso VENTOSO ESCRIBANO: *Ob. cit.*, pág. 132.

de esta norma, tal y como propugna, entre otros, el profesor BERCOVITZ (25). Y ello por lo siguiente:

Primero. La previsión del párrafo 5 del artículo 156 CC es, como dice BERCOVITZ, una regla de carácter general. Y además podemos decir que subsidiaria. Como dice VENTOSO ESCRIBANO (26), esta regla sólo se aplica en defecto de pacto entre los progenitores. En efecto, decimos que no se aplica directamente a los supuestos de separación de *iure* como consecuencia de su generalidad. Efectivamente, existen normas especiales como los artículos 90, 92 y 103 del CC. Normas en las que los padres pactan lo que crean conveniente sobre el ejercicio de la patria potestad y el Juez homologa su decisión si no son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Igualmente propone VENTOSO ESCRIBANO que pueden regular por pacto el ejercicio de la patria potestad las parejas no casadas y los cónyuges separados de hecho. En estos supuestos, que son los que entienden incluidos sin discrepancia toda la doctrina en el supuesto de hecho, tampoco aplicaríamos lo dispuesto en el artículo 156.5 CC.

Segundo. El artículo 159 (27) del Código Civil prevé también el caso de que los padres vivan separados. Como dice VENTOSO ESCRIBANO: "Sin mayor especificación, es decir, estén o no casados y la separación sea o no judicial". En estos casos, y si los padres no prevén otra cosa, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre —a salvo siempre de que el Juez, por motivos especiales, procediese de otro modo.

En este precepto, que utiliza la misma expresión que el párrafo 5 del artículo 156, no hay duda de que no se está refiriendo única y exclusivamente a la separación de hecho de los cónyuges o a la ruptura de la convivencia de una pareja de hecho con hijos reconocidos. Es más, el Juez, ante una demanda de nulidad, separación o divorcio, puede muy bien recurrir a esta norma para fundamentar que sea la madre quien esté al cuidado de los hijos e hijas menores de siete años. Igualmente, puede el

---

(25) Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Ob. cit.*, págs. 1069 y sigs.

(26) Alfonso VENTOSO ESCRIBANO: *Ob. cit.*, págs. 99 y sigs.

(27) La reciente Ley 11/1990, de 15 de octubre (BOE de 18 de octubre de 1990), sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, ha modificado la redacción del artículo 159, suprimiendo su referencia a la mujer. Su redacción vigente es la siguiente: "Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírà, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años". Con independencia de las modificaciones que en el régimen de la patria potestad suponga este cambio de redacción, considero válido el razonamiento efectuado al mantenerse la proposición condicional "si los padres viven separados".

Juez utilizar el párrafo 5 del artículo 156 CC para fundamentar que ejerza exclusivamente la patria potestad el padre que conviva con el hijo. Y no sólo en las medidas provisionales de las que habla el artículo 103 CC, sino, incluso, contraviniendo el pacto que hayan propuesto los cónyuges en el convenio regulador si el Juez estima que es perjudicial para el hijo o uno de los cónyuges (art. 90.2 CC).

Tercero. En los procesos de separación judicial y divorcio, ciertamente, existirá un convenio regulador o unas medidas provisionales que en el fallo de la sentencia se habrán convertido en definitivas —si bien modificables—, que contendrán cómo deba de ser y, en su caso, a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad.

Ahora bien, imaginemos el siguiente supuesto: En el fallo de una imaginaria sentencia de separación se establece que los hijos queden bajo la guarda y custodia de la madre, así como que sea ésta quien ejerza la patria potestad. El otro cónyuge no conviviente con los hijos sigue siendo titular de la patria potestad, puesto que no se le ha privado de ella. Por esta razón no está exento de ninguna de las obligaciones que ésta conlleva. Este progenitor —titular de la patria potestad, pero no ejerciente— considera que el otro no actúa con la debida diligencia en el ejercicio de la patria potestad. Y quiere, en interés del hijo, ejercer conjuntamente la patria potestad con el que la tenía atribuida exclusivamente o compartir con él su ejercicio o, simplemente, que se le permita ejercerla para algunos supuestos determinados. ¿Qué podría hacer?

Desde luego, tanto en los convenios reguladores como en las medidas que rigen la separación judicial o divorcio es posible aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* (art. 90.3 CC). Pero ello no es óbice, y más en los casos que se refieran exclusivamente al ejercicio de la patria potestad, para recurrir a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 156.5 CC. Como dice BERCOVITZ: “En todos estos supuestos —y es la segunda parte de la regla— el *status* existente y normal del ejercicio de la patria potestad del progenitor que vive con los hijos puede verse alterado en cualquier momento por el Juez en el sentido que considere más adecuado (sus facultades son tan amplias aquí como en el párrafo segundo del art. 156), *a solicitud fundada del otro progenitor que no ejerce la patria potestad*”.

Recapitulando, podemos decir: En el supuesto de hecho del artículo 156.5 CC es posible integrar tanto los supuestos de separación legal o de hecho como los casos de ruptura de la convivencia en parejas reconocedoras no casadas. En los casos de separación legal o divorcio la previsión del artículo 156.5 CC, al ser norma general, decaerá en beneficio de los pactos que llevan a cabo los cónyuges —igualmente en los casos de separación de hecho o ruptura de la convivencia en parejas no casadas si han acordado cómo deba de ser el ejercicio de la patria potestad.

En los casos de separación legal o divorcio, el Juez puede fundamentar su decisión en esta norma para establecer a quién corresponda el ejercicio de la patria potestad. Y ello aunque la facultad de decisión del Juez se derive de lo previsto en el párrafo 4 del artículo 92 del CC. Puesto que si ha llegado a la conclusión de contravenir lo dispuesto por los padres o simplemente decide establecer cuál deba de ser el ejercicio de la patria potestad, es ahora cuando el Juez está ante un claro supuesto en el que se ventilan relaciones paterno-filiares; y como la regulación de éstas es independiente e igualmente aplicable —en base al principio de igualdad— exista o no matrimonio entre los padres, puede fundar su decisión en la norma que compagina con su criterio de atribución de la patria potestad, en este caso el párrafo 5 del artículo 156 del CC.

Además, los padres a quienes no corresponda el ejercicio de la patria potestad, tanto en los casos de nulidad, separación y divorcio como en los supuestos de separación de hecho o vida separada de padres reconocedores no casados, pueden utilizar el párrafo 2 del artículo 156.5 del CC como fundamento legal para intervenir en el ejercicio de la patria potestad.

#### IV. ANALISIS DE OTROS CASOS: ¿SON SUBSUMIBLES EN EL SUPUESTO DE HECHO DEL PARRAFO 5 DEL ARTICULO 156 DEL CODIGO CIVIL?

##### I. NULIDAD DEL MATRIMONIO

###### A) *Introducción*

En general, declarada la nulidad de cualquier negocio jurídico, consideramos como si dicho negocio no se hubiera celebrado. Por ello han de volver las cosas a su *statu quo ante* (art. 1.303 CC). Sin embargo, en el matrimonio, donde priman los aspectos personales, no podemos concluir de esta manera (28). En efecto, el artículo 79 CC dispone: “La declaración de nulidad del matrimonio no invalida los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe”. Como dice

---

(28) A este respecto dice GARCÍA CANTERO: “Como excepción a los tradicionales efectos de la nulidad del negocio jurídico, la sentencia de nulidad matrimonial no impide que el matrimonio produzca los mismos efectos que produce el matrimonio válido respecto de los hijos en todo caso, y además respecto del cónyuge o cónyuges de buena fe...”, en “Comentario al artículo 79 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Edit. EDERSA, Madrid, 1982, pág. 244.

GARCÍA CANTERO (29): "La sentencia de nulidad carece de efectos retroactivos; su eficacia es *nuc* y no *ex tunc*; se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado. Viene así a efectuarse una aproximación entre los efectos de la disolución del matrimonio y los de declaración de nulidad..." Según esto, los hijos nacidos antes de declararse nulo el matrimonio tendrán la consideración de hijos matrimoniales. Como este efecto ya se había producido, conservarán esta cualidad aun declarado nulo el matrimonio. De cara al futuro, y siempre para los hijos, las consecuencias se producirán como si el matrimonio no se hubiera declarado nulo. Así, serán herederos forzosos de sus progenitores, conservarán en su caso derecho de representación en la herencia a la que hubieran podido concurrir sus progenitores y, en definitiva, conservan el parentesco con las familias de ambos progenitores.

#### B) *El ejercicio de la patria potestad en los casos de nulidad*

Los cónyuges cuyo matrimonio ha sido declarado nulo siguen siendo titulares de la patria potestad —salvo que hubieran sido privados de ella en el procedimiento de nulidad— y, en principio, abocados a ejercitar su contenido. Sin embargo, nos vamos a encontrar ante unos padres que normalmente viven separados: ¿Cómo será el ejercicio de la patria potestad? La regulación es la misma que en los supuestos de separación legal y divorcio, puesto que el Código Civil regula en el capítulo IX del Título IV del Libro I los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, estableciendo para todos los casos que los padres no están exentos de sus obligaciones para con los hijos (art. 92.1 CC). No obstante, y por lo que respecta a la determinación de quién deba ejercer la patria potestad, es posible introducir alguna matización.

El artículo 90 del CC indica cuál debe de ser el contenido mínimo del convenio regulador, y en especial su párrafo primero, apartado *a*), se refiere al ejercicio de la patria potestad. Ahora bien, a tenor del artículo 90 CC —"El convenio regulador a que se refieren los arts. 81 y 86..."—, el convenio regulador sólo está previsto en los casos de separación y divorcio, y nada se dice en materia de nulidad. No obstante, como dice VENTOSO ESCRIBANO (30): "Hoy la patria potestad es susceptible de pacto entre los padres, al menos para distribuir y regular el ejercicio de ésta". Pero parece que en los casos de nulidad, al no estar previsto expresamente en el Código, no sea lo más normal. Por ello, en los supuestos de nulidad, y

---

(29) GABRIEL GARCÍA CANTERO: *Ob. cit.*, págs. 245 y sigs.

(30) ALFONSO VENTOSO ESCRIBANO: *Ob. cit.*, págs. 99 y sigs.

cuando no haya un previo acuerdo entre los padres, será el Juez quien determine cómo será y a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad. A estos efectos, el artículo 91 del CC dispone: "...el Juez, en defecto de acuerdo entre los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará... las medidas que hayan de sustituir a las adoptadas con anterioridad en relación con los hijos..."

En vista de todo esto, parece razonable pensar que en los casos de nulidad, al no hablar el Código expresamente del convenio regulador y al ser probable que los padres no hayan establecido un acuerdo previo, el Juez debe tomar la decisión de cuál deba de ser y a quién corresponda al ejercicio de la patria potestad, pudiendo en estos casos fundar su decisión, si lo estima conveniente, en el párrafo 5 del artículo 156 CC.

En conclusión, y sin perjuicio de aplicar todo lo dicho a la separación legal y al divorcio, la nulidad matrimonial se presenta como un campo propicio para que el Juez fundamente, en virtud de la vida separada de los padres, el ejercicio exclusivo de la patria potestad por el padre que conviva con los hijos, tomando como base legal el párrafo 5 del artículo 156 CC.

## 2. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR PADRES NO CASADOS ENTRE SÍ

### A) *En el caso de que reconozca al hijo uno solo de los progenitores* (31)

#### a) *Introducción*

La patria potestad se relaciona con la paternidad, bien sea por naturaleza o por adopción y, necesariamente, con la determinación legal de la filiación.

---

(31) Una argumentación similar podemos establecer para los siguientes supuestos: cónyuge viudo que vive maritalmente con otro o que ha contraído nuevo matrimonio. En estos dos supuestos la filiación es matrimonial. La titularidad y ejercicio de la patria potestad corresponde exclusivamente al padre. Pero es cierto que en ambos casos el *partenaire* o el nuevo cónyuge del progenitor puede intervenir *de facto* en el ejercicio de la patria potestad. Por ello la aplicación sería, para estos supuestos, similar a la planteada en el caso de reconocimiento por un solo progenitor. Ahora bien, la intervención *de iure* en la patria potestad seguirá un camino distinto. En efecto, en el caso de haber contraído matrimonio con el progenitor será posible la adopción del hijo del consorte a través del procedimiento abreviado previsto en el artículo 176.2.º del CC. En el supuesto del *partenaire* se podrá aplicar por analogía el mismo precepto. Y ello por la extraña permisibilidad adoptiva que concede la disposición adicional tercera de la Ley de adopción a las parejas estables no casadas.

En los supuestos de parejas no casadas la filiación, lógicamente, no será matrimonial. El reconocimiento de los hijos puede llevarse a cabo por los medios que establece el artículo 120 CC. A partir del reconocimiento se atribuye la patria potestad al padre (o padres) reconocedor.

En el caso de que uno solo de los progenitores haya reconocido al hijo, éste será el titular y ejerciente de la patria potestad. Nos encontramos ante un caso de titularidad y ejercicio exclusivo de la patria potestad: sólo al progenitor reconocedor le corresponde.

Este supuesto es similar al caso de ejercicio exclusivo de la patria potestad por el cónyuge viudo. Al fallecer el otro, todas las funciones que integran la patria potestad se concentran en el supérstite. Las diferencias lógicas giran en torno a la determinación de la filiación: en un caso, son hijos matrimoniales, y en el otro, no. Además, en el caso de filiación no matrimonial en el que sólo un progenitor ha reconocido, las facultades que integran la patria potestad nacen en toda su amplitud en cabeza del padre que ostente la titularidad, si bien estas facultades, en el futuro, pueden reducirse si el otro progenitor reconoce al hijo. Por tanto, al haber un único titular de la patria potestad, es a éste al único que le corresponde el ejercicio, no pudiendo aplicarse el párrafo 5 del artículo 156 CC, puesto que en este precepto ambos padres ostentan la titularidad.

b) *"Quid iuris" si el padre reconocedor vive con el otro no reconocedor*

La situación sería la siguiente: una pareja no casada conviviente tiene un hijo. Este es reconocido por uno solo de ellos y mantienen la convivencia estable.

Legalmente la patria potestad corresponde, tanto en titularidad como en ejercicio, al progenitor reconocedor. Pero al vivir juntos es previsible que ejerzan ambos la patria potestad. Esta situación no está prevista en el Código, puesto que por parte del padre no reconocedor nos encontramos ante un ejercicio de la patria potestad *de facto*.

Es evidente que en esta situación el padre no reconocedor puede tomar decisiones que atañen al hijo. Algunas de éstas pueden ser decididas junto con el otro progenitor o, incluso, decidir él únicamente lo que crea conveniente. Así, por ejemplo, podría matricular al niño en un colegio.

Cuando estas decisiones salen de la esfera personal y familiar y entran en contacto con terceras personas, tendremos que buscar alguna solución que indique cuál deba de ser su tratamiento.

Viviendo los padres juntos, aun en el caso de que uno de ellos no haya reconocido al hijo, pueden convenir conjuntamente lo que consideren más

conveniente. En este caso el ejercicio de la patria potestad sería similar al previsto en el párrafo primero del artículo 156 CC. Las actuaciones individuales del padre no reconocedor deberán seguir el mismo cauce, puesto que en definitiva actúa con el consentimiento, al menos tácito, del que ostenta la patria potestad. Estos progenitores crean en el contorno que les rodea una apariencia, tanto de familia legalmente constituida como de titularidad compartida de la patria potestad. Por ello los terceros que celebren algún acto con estos progenitores, y en especial con el no reconocedor, confiando en la apariencia, no deberán ser perjudicados. En este supuesto será aplicable por analogía el párrafo tercero del artículo 156 CC.

Mayores problemas plantea la aplicación del párrafo segundo del artículo 156 CC. En efecto, si los padres no se pusieran de acuerdo sobre alguna cuestión que afectase al ejercicio de la patria potestad, el único con capacidad de decidir sería el padre reconocedor. Entiendo que el no reconocedor no podría usar la previsión de este párrafo del artículo 156 CC puesto que no está legitimado. El camino a emplear sería el reconocimiento del hijo, pudiendo desde este momento ejercitar sus derechos.

En consecuencia, en esta situación y en base a la apariencia creada se podría aplicar por analogía el ejercicio conjunto de la patria potestad, pero no el párrafo 5 del artículo 156 CC, puesto que no se incluye en su supuesto de hecho.

### c) *Que los padres vivan separados*

Las situaciones podrían ser las siguientes: Pareja no casada que ha tenido un hijo, que es reconocido por uno solo de ellos, y dejan de vivir juntos. También se incluirían los casos de hijos nacidos de una relación extramatrimonial (32), donde es muy probable que desde el principio los padres vivan separados.

En estos casos, igualmente, corresponde el ejercicio y titularidad de la patria potestad al padre que haya reconocido al hijo. Al vivir separados y ser un progenitor el único reconocedor, entiendo que tampoco se subsumirá en el párrafo 5 del artículo 156 CC. Porque el reconocedor en este caso es al que exclusivamente le corresponde ejercitar la patria potestad, pero no por ser él quien vive con el hijo, sino por ser el único titular de la patria potestad.

En estos supuestos, al no vivir juntos, es difícil que creen una apariencia de familia, así como de ser ambos titulares de la patria potestad. Por ello

---

(32) En este caso me refiero a los hijos que antes de la Constitución del 78 y la reforma del Código Civil se llamaban adulterinos.

las actuaciones del padre no reconocedor serán improbables, tanto por su presumible desinterés hacia el hijo como por no haber creado una apariencia en el ejercicio y titularidad de la patria potestad. En vista de ello, si quiere intervenir las funciones inherentes a la patria potestad, deberá de reconocer al hijo, ejercitando, en su caso, las acciones de filiación.

B) *En el caso de que no reconozcan al hijo ninguno de los progenitores*

a) *Introducción*

Venimos diciendo que la determinación legal de la filiación, tanto si es matrimonial como no matrimonial, y aun en los supuestos de adopción, indican, *prima facie*, quién ostenta la titularidad y posible ejercicio de la patria potestad. Si el hijo no está reconocido por ninguno de los progenitores, no podemos atribuir legalmente el ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, podemos plantearnos el siguiente supuesto: los componentes de una pareja no casada son padres de un hijo al que ninguno de los dos ha reconocido. En este supuesto, y si ejercen alguna función de las que integran la patria potestad, estamos ante un ejercicio *de facto*, no regulado en el Código Civil. A su vez, las consecuencias del ejercicio *de facto* serán distintas según vivan juntos o separados.

b) *Si viven juntos*

En esta situación tendremos que aplicar por analogía el ejercicio conjunto de la patria potestad. Las decisiones sobre las cuestiones que atañen al hijo deberán tomarse de común acuerdo. Si frente a terceros crean una apariencia jurídica de padres titulares de la patria potestad, los negocios que hayan concluido —estos terceros— con ambos, o con uno solo de ellos, deberán de ser considerados válidos (principio de buena fe y, en su caso, aplicación analógica del párrafo 3 del art. 156 CC).

Si hay discrepancias entre los padres no reconocedores sobre el ejercicio de la patria potestad, entiendo que ninguno de ellos está legitimado para recurrir ante el Juez en aplicación del párrafo segundo del artículo 156, puesto que ninguno de ellos ostenta la patria potestad. El camino a seguir sería el reconocimiento de la filiación.

c) *Si viven separados*

Aun no siendo ninguno de ellos titulares de la patria potestad, estando ambos separados y viviendo uno solo de ellos con el hijo, será éste quien ostente *de facto* la titularidad de la patria potestad, así como su ejercicio. Pero no como consecuencia de lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 156 CC, sino por mostrarse ante los demás como único titular y ejerciente. No obstante, si en un principio vivieron juntos y es ahora cuando se separan, creo que en este supuesto sí sería consecuente aplicar analógicamente el párrafo 5 del artículo 156 CC. Y ello porque viviendo juntos mostraban una apariencia de cotitularidad. Al separarse se rompe dicha apariencia, concentrándose todas las facultades de la patria potestad en el padre no reconecedor conviviente con el hijo.

C) *En los casos de adopción*

a) *Introducción*

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, permite la adopción de los menores de edad por parejas estables no casadas. En efecto, la disposición adicional tercera de esta Ley dispone: "Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por la relación de afectividad análoga a la conyugal".

Ante esta permisibilidad del legislador, sin precedentes en ninguna legislación extranjera, nos vamos a encontrar con parejas no casadas que ostentarán la patria potestad en virtud de la adopción.

En este supuesto hay determinación legal de la patria potestad. Por ello, tanto en el supuesto de que vivan juntos como separados se aplica directamente lo dispuesto en el Código Civil.

b) *Si viven juntos*

Como hemos dicho, al poder adoptar conjuntamente los componentes de una pareja no casada, ambos ostentan la titularidad de la patria potestad. Consecuente con lo anterior, el ejercicio debe ser conjunto. Directamente se aplica el régimen normal de ejercicio de la patria potestad, contenido en los cuatro primeros párrafos del artículo 156 CC.

c) *Si viven separados*

En el caso de separación de los adoptantes y no habiendo pacto sobre a quién corresponda el ejercicio de la patria potestad, aplicaremos el párrafo 5 del artículo 156 CC. Así, ejercerá la patria potestad el adoptante que viva con el menor adoptado y conservará la titularidad, salvo supuesto de privación, el adoptante no conviviente. Este adoptante tendrá la posibilidad de acudir al Juez, tal y como dispone el segundo párrafo de este mismo precepto.

MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ

## BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: "Patria potestad", en *Curso de Derecho civil*, IV. *Derecho de familia*, Edit. Bosch, Barcelona, 1986
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "Comentario al párrafo 5 del artículo 156", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Edit. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1069-1070
- BESSONE, Mario: *Giurisprudenza del Diritto di famiglia*, Raccolti de Dogliotti e Ferrando (2.<sup>a</sup> ed.), Edit. Giuffrè, 1980, pág. 7.
- BUCCIANTE, A.: "La potestà del genitore, la tutela e l'emancipazione", en *Trattato di Diritto Privato*, 4 (personae e famiglia III), Diritto da Pietro Rescigno, Edit. UTET, Torino, 1982, págs. 465 y sigs.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: "Patria potestad", en *Derecho civil español, común y foral*, tomo V; *Derecho de familia*, vol. II. Relaciones paterno-filiares y tutela. Actualizado por J. M. Castán Vázquez, Edit. Reus, S. A., Madrid, 1985, págs. 201 y sigs.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José M.<sup>a</sup>: *La participación de la madre en la patria potestad*, Edit. Imprenta Mas, Madrid, 1957
- "La patria potestad de la madre en Derecho español", en *Revista de Derecho Privado*, 1957, págs. 508 y sigs.
- "Comentario al artículo 156.5 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales*, tomo III, vol. II (2.<sup>a</sup> ed., revisada y ampliada, a la reforma del CC), Edit. EDERSA, Madrid, 1982, págs. 61 y sigs.
- DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso: "Patria potestad", en *Instituciones de Derecho civil*, vol. II (Derechos Reales y Derecho Hipotecario, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones), Edit. Civitas, Madrid 1988, págs. 479 y sigs.
- DE PRADA GONZÁLEZ, José M.<sup>a</sup>: "La patria potestad tras la reforma del Código civil" y "La patria potestad conjunta en la reforma de 13 de mayo de 1981", en *Revista de Derecho Notarial*, 1982, págs. 252-355 y 264-290, respectivamente.
- DÍEZ PICAZO, Luis: "Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad", en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, págs. 3-20.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: "Patria potestad", en *Manual de Derecho civil español*, vol. IV. Familia. Edit. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, págs. 374 y sigs.
- FUENTE NORIEGA, Margarita: *La patria potestad compartida en el Código Civil español*, Edit. Montecorvo, S.A., Madrid, 1986.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: "Comentario al artículo 79 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Edit. EDERSA, Madrid, 1982, págs. 239-247.

- “Notas sobre la representación legal en Derecho de familia”, en *Actualidad Civil*, marzo (semana del 5 al 11) 1990.
- GETE-ALONSO Y CALERO, María del Carmen: “Comentario al artículo 79 del Código Civil”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Edit. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 416-427.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho administrativo*, I, Edit. Civitas, S.A., Madrid, 1989, pág. 70.
- IZQUIERDO MONTORO, Elías: “El abogado ante la separación de hecho”, en *RGLJ*, núm. 230, 1971, págs. 780-842.
- LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción: “Acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 159 del Código Civil”, en *Revista de Derecho Privado*, 1990, págs. 561-582.
- LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo: *La patria potestad: voluntad del titular*, Edit. Universidad de Valladolid, 1982.
- MALAUZIE, Philippe: “La vie familiale. Autorité parentale”, en *Droit civil. La famille*, Edit. Cujas, París, 1987, págs. 384 y sigs.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis: “La familia en la Constitución española”, en *Revista de Derecho Privado* (noviembre), 1981, págs. 963-983.
- PAU PEDRÓN, Antonio: “La nueva regulación alemana sobre patria potestad”, en *ADC*, 1982, págs. 723-749.
- PÉREZ ALVAREZ, Miguel Angel: *La nueva adopción*. Edit. Civitas, Madrid, 1989.
- PUENTE MUÑOZ, Teresa: “Reflexiones de una jurista en torno a la reforma del Derecho de familia en España”, en *RDN* (abril-junio), 1979, págs. 292 y sigs.
- PUIG BRUTAU, José: “Relaciones paterno-filiales”, en *Fundamentos del Derecho civil*, tomo IV, 2.ª edición (familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad, tutela), Edit. Casa Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1985, págs. 244 y sigs.
- ROCA TRÍAS, Encarna: “Comentario al artículo 92 del Código Civil”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Edit. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 576.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: “La patria potestad”, en *Elementos de Derecho civil*, IV (Familia), Edit. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 715 y sigs.
- SEISDEDOS MUIÑO, Ana: *La patria potestad dual*, Edit. Servicio Editorial, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988.
- VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Edit. Colex, Madrid, 1989.

# Connotaciones hipotecarias de la Ley del Suelo (\*)

**SUMARIO:** CRITICA GENERAL: A) CARÁCTER TRANSITORIO DEL TEXTO ANALIZADO B) ¿QUÉ SIGNIFICA “NO QUEDAR INCORPORADA”? C) ¿CORRECCIÓN DE ERRATAS O DEROGACIÓN? D) ESPÍRITU INFORMADOR DE LA LEY.—PERIODOS EN EL DESARROLLO URBANISTICO EN RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—CUESTIONES PREVIAS EN EL ORDEN AL REFLEJO REGISTRAL DE ESTA LEGISLACION: A) TÍTULO INSCRIBIBLE. B) INSCRIPCIONES, ANOTACIONES Y NOTAS MARGINALES. C) DERECHO DE SUPERFICIE —DIVISIONES Y SEGREGACIONES DEL SUELO URBANO.—PARCELAS MINIMAS DE EDIFICACION.—DECLARACIONES DE OBRA NUEVA CON FINES INDUSTRIALES.—DERECHO A URBANIZAR.—DERECHO AL APROVECHAMIENTO URBANISTICO: A) IDENTIFICACIÓN DE LAS FINCAS AFECTADAS. B) CESIÓN DE VIALES C) DERECHO AL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO. D) PARCELAS INEDIFICABLES QUE PUEDEN RESULTAR DE LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA O DE OTRAS ACTIVIDADES.—DERECHO A EDIFICAR.—DERECHO A LA EDIFICACION: 1. OBRA TERMINADA EN VIRTUD DE LICENCIA CORRECTA. 2. OBRA EN CONSTRUCCIÓN EN VIRTUD DE LICENCIA CORRECTA 3 EDIFICACIÓN REALIZADA SIN LICENCIA O SIN ATENERSE A SUS CONDICIONAMIENTOS. 4 EDIFICACION REALIZADA AL AMPARO DE LICENCIA DECLARADA DESPUÉS ILEGAL. 5. EDIFICACIÓN EXTRALIMITADA RESPECTO A LO QUE SE CONCEDIÓ. 6. CADUCIDAD DE LA LICENCIA Y DE OTRAS ACTUACIONES. 7. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN ORDEN A LA LICENCIA.—INSCRIPCION DE EDIFICACIONES ANTERIORES A LA NUEVA NORMATACION QUE AUN NO ESTUVIEREN INSCRITAS.—REPARCELACIONES.—TANTEOS Y RETRACTOS LEGALES URBANISTICOS. 1. AREAS DE APLICACIÓN DE ESTOS DERECHOS DE PREFERENTE ADQUISICIÓN. 2. ÁMBITO NEGOCIAL Y REAL DE ESOS DERECHOS. 3. CONSTANCIA REGISTRAL PREVIA. 4. NOTIFICACIONES PREVIAS A LA INSCRIPCIÓN DE LAS ENAJENACIONES SUJETAS A ESTOS DERECHOS. 5. REQUISITOS PARA LA ENAJENACIÓN DE LAS FINCAS RETRAÍDAS Y DESTINO DE LAS ASÍ ADQUIRIDAS.—PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO.

---

(\*) Conferencia ante los Colegios de Abogados, Arquitectos e Ingenieros de Caminos de Granada.

## CRITICA GENERAL

Es evidente, que cualquier actuación humana es susceptible de crítica, e incluso ésta es necesaria para un posible perfeccionamiento o para la sola integración en el acervo cultural.

Vamos a hacerlo de la Ley de 25 de julio de 1990 (*BOE* del 27), si bien limitándonos a su contenido en relación con el Registro de la Propiedad.

## A) CARÁCTER DEL TEXTO LEGAL ANALIZADO

En primer lugar, hemos de preguntarnos, ¿tendrá validez en el futuro de la exégesis que ahora realizaremos? Decididamente no.

La presente Ley concede al Gobierno el plazo de un año para aprobar un texto refundido de las disposiciones estatales vigentes sobre el suelo y la ordenación urbana (Disp. Final 2.<sup>a</sup> Ley comentada). Esto, por sí solo, no sería óbice para un comentario fundado de la nueva normación. Pero hay que tener en cuenta que el apartado 5.º del artículo 82 de la Constitución considera dos grupos de Leyes de bases:

Uno en el que se precisará el contenido de la delegación, expresando que ella se circunscribirá a la mera formulación de un texto único, en el que los comentarios al texto de la Ley de bases habrán de considerarse como válidos, incluso después de publicado el texto refundido.

Y otro grupo, en el que, facultándose también al Gobierno para la publicación del texto refundido, se le incluye también las facultades de *regularizar, aclarar y armonizar* los textos legales que han de ser refundidos, con lo que es evidente que el futuro texto refundido puede variar bastante la idea que parezca informar a los preceptos de la Ley de bases, máxime en cuanto a los preceptos armonizadores con otras Leyes. Con lo cual, los comentarios e interpretaciones de esa Ley básica, pueden ser improcedentes de todo punto al tratar de aplicarlos al texto refundido.

Este es el caso presente. Lo que en adelante diremos como comentarios interpretativos de esta Ley, no podemos asegurar que conservará su valor cuando aparezca el texto refundido. Y ello aún más respecto a los problemas registrales que esta Ley origina, pues en cuanto a ellos, y además de las facultades dichas para la redacción del texto refundido, se dispone por el párrafo 6, del apartado 4.º de la Disposición Adicional 10.<sup>a</sup> de la Ley que comentamos: "En el plazo de seis meses, el Gobierno aprobará las modificaciones del Reglamento Hipotecario para el desarrollo de esta disposición adicional".

Ante ella no estaremos ya frente a una delegación legislativa "para

refundir varios textos legales en uno solo” (art. 82.2º *in fine*, Constitución), sino ante una delegación para formular “textos articulados”, los del Reglamento Hipotecario, siquiera lo sea solo parcialmente (precepto constitucional citado).

## B) ¿QUÉ SIGNIFICA NO QUEDAR INCORPORADA?

En otro orden de ideas, pero también como cuestión previa al objeto de la presente de exponer las relaciones de la Legislación del Suelo con el Registro de la Propiedad, hemos de fijarnos, aunque luego lo estudiemos en su aspecto registral, en el apartado 1.º del artículo 27 de esta Ley. Se dice por el mismo.

“1. La edificación realizada al amparo de licencia posteriormente declarada ilegal por contravenir la ordenación urbanística aplicable, *no queda incorporada* al patrimonio del propietario del terreno.

La resolución administrativa o judicial que contenga dicha declaración, se notificará al Registro de la Propiedad para su debida constancia”.

Enigmática sanción. La edificación está formada por diversos bienes muebles, que al ser adquiridos, o sea, antes de su utilización en la construcción, ya formaron parte del patrimonio del adquirente. Esa frase no es correcta. Los bienes muebles a que nos referimos forman parte desde su adquisición del patrimonio de su adquirente. Luego ese “no quedar incorporados” deberá referirse a otra cuestión o a otro aspecto de ella.

Si a lo que se refiere es a que lo que no se produce es su incorporación a un inmueble, con lo que así se impedirá su cambio de naturaleza, de mueble a inmueble, conforme al número 3.º del artículo 334 del Código Civil, la frase tendría sentido, aunque no justificación; y por ello hemos de entenderla corregida en dicho sentido. Esto es más comprensible, cuando vemos que se dice por el artículo 11.4, que el último derecho que puede adquirirse por la actuación urbanística “consiste en la facultad de incorporar al patrimonio la edificación ejecutada y concluida con sujeción a la licencia urbanística otorgada, siempre que ésta fuera conforme con la ordenación urbanística aplicable”, y que se reitera la expresión en el artículo 25.1.º. Aunque debe reconocerse que esa declaración de incorporación al patrimonio no es tampoco una afirmación correcta.

Así pues, la definición de una edificación que hace el artículo 11.4º de esta Ley, de que ella consiste en la facultad de incorporar al patrimonio la edificación ejecutada y concluida con sujeción a una licencia urbanística, hemos de considerarla intrascendente en el orden civil, mejor dicho, esa relación hace que nos surja un nuevo problema. ¿Quiénes son los dueños

del suelo y del vuelo en esos supuestos? Parece, insistimos, resolver el problema el apartado III de la Exposición de Motivos de esa Ley.

Dice el párrafo 2.º de ese apartado que “un esquema positivo coherente ha de partir del reconocimiento a toda propiedad inmueble, como inherente a ella, de un valor que refleja sólo su rendimiento (real o potencial) rústico (valor inicial en la terminología de la vigente Ley), sin consideración alguna a su posible utilización urbanística. Las plusvalías imputables sólo a la clasificación y calificación urbanística, y, consecuentemente, a los aprovechamientos resultantes, derivan del planeamiento, en la forma, con la intensidad y en las condiciones que la legislación urbanística, y por remisión de ella, dicho planteamiento, determinan, habiendo de darse en todo caso cumplimiento al precepto constitucional (art. 47.2), según el cual “la Comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

Y se añade por el subapartado 1.º del párrafo 3.º del citado apartado III, que, “el planeamiento confiere sólo una aptitud inicial para la edificación de un terreno, pero el derecho consolidado se alcanza sólo en una parte (la restante corresponde a la colectividad) y tras cubrir unas determinadas fases que tienden a garantizar la efectividad del principio redistributivo, el cumplimiento de las cargas de cesión, la realización de la obra urbanizadora precisa y la sujeción del ejercicio del mismo a la verificación de su conformidad plena con la ordenación urbanística mediante la exigencia de licencia municipal”. Complicada forma de garantizar el abono de los aprovechamientos urbanísticos.

Este brumoso derecho, esa imprecisa titularidad, no ha derogado ni expresamente ni por deducción interpretativa el artículo 358 del Código expresivo, de que “lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos y las mejoras o reparaciones hechas en ellos pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes”; ni al 359 del mismo, que determina imperativamente, que “todas las obras siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se apruebe lo contrario”. Pero es más, esa norma no puede alterar muchas otras, como por ejemplo: los artículos 334, 338 al 365, 453, 454, 487, 501, 783.2.º y 1.457 Código Civil; 110 al 113 Ley Hipotecaria; 15 de su Reglamento, 108 y 112 LAU, y 57 a 69 LAR.

La no incorporación al patrimonio del propietario del terreno no es un nuevo modo de adquirir por un tercero. La propiedad de los materiales —bienes muebles— utilizados en la construcción fue adquirida antes de su incorporación al inmueble. La expresión de esta Ley no puede interpretarse como un “comiso”, una expropiación *ipso facto*, una ocupación traslativa del dominio u otras situaciones que pudieren imaginarse.

Pero como esa modificación implica “un cambio de naturaleza” de

mueble a inmueble de los materiales, sin incidir con ello en cual sea su titularidad, la frase que comentamos significará, que por la simple incorporación no se produce ese cambio de titularidad, conservándose, no obstante, las respectivas propiedades muebles e inmuebles que siguen subsistentes.

Qué artificioso derecho. Los créditos privilegiados, las hipotecas legales, las prohibiciones de disponer, etc., hubieran podido ser vehículo normal para garantizar, dentro de la tónica de nuestro ordenamiento jurídico, lo que el legislador de la Ley que comentamos quería asegurar.

### C) ¿CORRECCIÓN DE ERRATAS O DEROGACIÓN?

No deja de sorprendernos la nueva Ley. En el texto legal publicado en el *BOE* de 27 de julio de 1990 se contenía la siguiente Disposición Transitoria.

“Octava. Lo dispuesto en el artículo 25.2 no será aplicable a las declaraciones de obra nueva finalizadas, al menos cuatro años antes de la entrada en vigor de la presente Ley”.

Determinándose en el precepto que los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición de una certificación de finalización de la obra, por el técnico correspondiente, conforme al proyecto aprobado.

Disposición Transitoria comprendida en una Ley que reunían las circunstancias de estar dotada de su correspondiente fecha y firma de promulgación en el momento de hacerse la publicación en el *BOE* citado.

Pero inexplicablemente, en el *BOE* de 4 de agosto del mismo año, y bajo el número de orden 18908, se recoge lo siguiente:

“Corrección de erratas de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo.

Advertida errata en el texto de la Ley 8/1990, de 25 de julio, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, número 179, de fecha 27 de julio de 1990, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y valoraciones del Suelo, en el que se incluye una Disposición Transitoria 8.<sup>a</sup>, la misma debe tenerse por no publicada”.

Lo expuesto sugiere dos interrogantes: ¿Estamos ante una fe de erratas o ante una derogación parcial de una Ley? Si la Disposición Transitoria 8.<sup>a</sup> tuviere vigor legal, ¿sería válida?

Ya se ha dicho siempre que errar es de humanos. Por ello, casi todo

grupo de Leyes tiene normas para ese supuesto; pero no todos los grupos de Leyes tienen una legislación suficiente al respecto.

El Reglamento del *Boletín Oficial del Estado* de 6 de junio de 1986, dedica a esta cuestión un solo precepto, complementario del más general e imperativo.

El precepto básico es el artículo 4.º, expresivo de que:

“1. El texto de las disposiciones, resoluciones y actos publicados, tiene la consideración de oficial y auténtico.

2. El texto de las normas emanadas de las Comunidades Autónomas tendrá el carácter que le atribuyan los respectivos Estatutos”.

Complementando esa norma en orden de los posibles errores se dice por el artículo 19:

“Si alguna disposición oficial aparece publicada con erratas que alteren o modifiquen su contenido, será reproducida inmediatamente en su totalidad o en la parte necesaria, con las debidas correcciones. Estas rectificaciones se realizarán de acuerdo con las siguientes normas:

1.º El *Diario oficial del Estado* rectificará, por sí mismo o a instancia de los departamentos u organismos interesados, los errores de composición o impresión que se produzcan en la publicación de las disposiciones oficiales, siempre que suponga alteración o modificación del sentido de las mismas o puedan suscitar dudas al respecto. A tal efecto, los correspondientes servicios de la Dirección General del *Boletín Oficial del Estado* conservarán clasificados por días, el original de cada número, durante el plazo de seis meses, a partir de la fecha de su publicación.

2.º Cuando se trate de errores padecidos en el texto remitido para publicación, su rectificación se realizara del modo siguiente:

a) Los meros errores u omisiones materiales que no constituyan modificación o alteración del sentido de las disposiciones o se deduzcan claramente del contexto, pero cuya rectificación se juzgue conveniente para evitar posibles confusiones, se salvarán, por los organismos respectivos instando la reproducción del texto, o de la parte necesaria del mismo con las debidas correcciones.

b) En los demás casos, y siempre que los errores u omisiones puedan suponer una real o aparente modificación del contenido o del sentido de la norma se salvarán mediante disposición del mismo rango”.

Verdaderamente es pobrísima la normación sobre subsanación de erratas en el *Boletín Oficial del Estado*, pese a la enorme trascendencia de ser el auténtico texto legal de las disposiciones que en el mismo se publican,

como hemos visto del artículo 4.º antes transcrito. Y ello no se compagina en modo alguno con el hecho, de que instituciones basadas en el derecho privado, como Registro de la Propiedad, por ejemplo, exijan la firma del Jefe de la Oficina, el Registrador, al pie de la corrección; e incluso en algo tan de Derecho privado como el testamento ológrafo, es de notar, que se exige por la Ley que las erratas sean subsanadas por el testador con su firma (art. 688 CC).

Esa laxitud en algunos supuestos de corrección, que hemos visto en el artículo 19, se compagina mal con la exigencia del artículo 13, de enumerar de forma taxativa quien puede ordenar la inserción de las normas y actos. Con el 14 se prevé el Registro de esas personas y autoridades a fin de comprobar la autenticidad de los documentos. La del 15, enumeradora de forma taxativa de la forma material de plasmación de las normas, añadiendo muy significativamente en su apartado 2.º, que: los originales serán insertos en los mismos términos en que se hallen redactados y autorizados, sin que por ninguna causa puedan variarse o rectificarse sus textos”.

Vemos así, que en orden a los requisitos externos de la corrección, incluso a la recogida o no de la firma del que la dispone, en los casos del número 1.º del artículo 19 antes transcrito, al no existir norma legal expresiva de esa exigencia, habremos de acudir a lo que parece que está ya consagrado por el uso, o sea a la corrección sin indicación de quien la ordena o de quien responde de ella o la garantiza. Con ello parece que ya está consagrada esa forma de corrección en virtud de un uso, que así tendríamos que calificar de uso jurídico, del grupo de los que predica el CC en el párrafo 2.º del apartado 3.º, de su artículo 1.º, el que al decir que después de la Ley regirá la costumbre que lo sea en defecto de Ley y a su vez no sea contraria a la moral y al orden público, añade seguidamente, que “los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre”.

A ello sólo hemos de añadir la indicación, de que frente a la tesis doctrinal, en especial de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (pág. 175, vol. 1.º, t. 1), de no reconocer estos “usos jurídicos” como figura legal independiente, sino como una modalidad de los usos de tráfico, en contraposición a los usos sociales, hay hoy que considerar, que los usos jurídicos antes expresados tienen el respaldo de ser considerados como normas aplicables, en virtud de la reforma del Código de 31 de mayo de 1974, que recogió, entre otras fuentes, a los usos indicados en el párrafo que antes hemos transcrito.

Lo dicho no es óbice para que reconozcamos, que en los otros supuestos de errores se muestra correcto el Reglamento del *Boletín Oficial del*

*Estado en orden a recoger la autoridad que asume la responsabilidad de la corrección.*

Es de destacar la anomalía que supone, el que se diga por el repetido artículo 19, en su número 1.º, que se hará la corrección de la errata, “siempre que suponga alteración del sentido” de la disposición oficial, o “puedan suscitar dudas al respecto”; con lo que parece indicar, que si los servicios de la Dirección General del *Boletín* estiman que la errata no puede suscitar dudas al respecto, no sea necesaria, y esto involucra una vulneración del artículo 4.º, que también hemos transcrito antes, sobre que lo que publicado en el *Boletín* tiene la “consideración de oficial y auténtico”. E igual extrañeza nos produce, el que al tratar de los errores materiales, o sea en el mismo texto remitido a la publicación, puedan no ser rectificadas, si el organismo respectivo juzga que ella no es indispensable para evitar posibles confusiones. De nuevo incurre en el olvido, de que el texto legal remitido al *Boletín* ha sido confrontado, revisado, aprobado y sancionado por muchos Organismos que ahora no intervienen en la corrección.

Hasta aquí lo referente a la errata propiamente dicha; pero si a través de ella se derogase total o parcialmente una norma, el inciso final del apartado b) del número 2.º del artículo 19 transcrito exige, que la corrección de los errores u omisiones, “se salvarán mediante disposición del mismo rango”. Bien entendido, que ello no puede incidir en una vulneración de lo dispuesto en una disposición de mayor rango, como es el CC (art. 2), que exige que su derogación lo sea por otra Ley (art. 2.2 CC).

Lo difícil para terceros, será, en muchos casos, el determinar si se está en uno u otro de esos supuestos, dado que esos terceros no tienen acceso (salvo supuesto muy especial, dice el Reglamento del *Boletín*) al original entregado al *Boletín* y conservado por él hasta su destrucción conforme a la Ley.

En el caso contemplado entendemos se está ante un supuesto de derogación. Dice la “corrección de erratas” (*BOE*, 4 agosto), que se ha incluido una Disposición Transitoria, la 8.ª, la cual “debe tenerse por no publicada”. Esto no es comprensible.

Si se ha de tener como no publicada, es porque ella existía en el original, y siendo ello así, su no vigencia no podría constar en ese texto original, pues hubiera bastado al redactor de la Ley con suprimir esa disposición, sin tener que llegar al absurdo, de consignarla para derogarla seguidamente en la misma Ley. Y si ella no existía en el original, es menos concebible aún, que por decisión de cualquier funcionario o empleado del *Boletín* se la hubiera redactado e incluido en la Ley publicada, teniéndose por ello que desvirtuarla, sin garantías legales al efecto, mediante una

corrección de erratas que, por otra parte, no se ajusta en su forma a lo dispuesto por el artículo 15 del Reglamento del mismo.

Por último, es de destacar, que respecto a otro *Boletín Oficial*, el del Registro Mercantil, publicación de quizá buenos propósitos pero de escasa eficacia y de onerosa aplicación, se recoge un artículo en el Reglamento del Registro Mercantil, el 392, dedicado precisamente a la subsanación de errores en lo publicado en ese *Boletín*, distinguiendo entre el error en el contenido de los datos remitidos al mismo, en que la subsanación se produce a "petición del Registrador Mercantil Central", de oficio o a instancia de otro Registrador Mercantil o del interesado, y el error consistente en simple "erratas" o en discordancias entre el texto remitido y el publicado, que incidiendo en lo que antes criticamos, atribuye la subsanación del error al "propio Organismo", además de al Registrador antes indicado.

#### D) ESPÍRITU INFORMADOR DE LA LEY

La simple lectura de ella, especialmente su título 1.º, nos revela que estamos ante una Ley en la que predomina, quizá exageradamente, la intervención estatal. Exagerar la función del Estado, en un período histórico en el que se está destruyendo sistemáticamente la misma en los países que, como los del este de Europa, la habrían aplicado a ultranza, constituye un anacronismo. Existen otros muchos medios para conseguir, dentro de un orden democrático, los fines pretendidos con aquella concepción estatal de la propiedad urbana; reducida hoy a casi una disminuida propiedad de uso y aprovechamiento del bienes del Estado, similar a las concesiones mineras.

Esto en orden a sus principios. En relación con otras normas del mismo grupo, es básico tener en cuenta que, conforme a la Disposición Final 1.ª.1, son normas básicas según el artículo 149.1.ª, 8.ª, 13 y 23 de la Constitución, las varias que ella enumera. Que según esa Disposición, en el apartado 1.º.2 son de aplicación plena, según el artículo 149.1.8.º y 18 de la misma Constitución, las que también enumera. En tanto que los demás preceptos no comprendidos en esa dos relaciones, sólo son de "aplicación supletoria en defecto de regulación específica por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias". Resultando con ello una Ley con muy variada eficacia, la cual puede escapar al conocimiento de los no peritos en la materia.

Desde otra vertiente hubiera sido conveniente para facilidad y rapidez de las actividades urbanísticas, el comprender entre las actuaciones origi-

nadoras de aprovechamientos urbanísticos, lo referente a las molestas y onerosas “acometidas” de aguas, luz y teléfono.

Pero lo que con ella ha recibido un duro golpe, es la idea de un Código o una Ley General sobre urbanismo. Esta materia del urbanismo continúa con una caótica normación, al tener normas recogidas en Leyes muy dispares, lo que hace más difícil su comprensión, incluso para los Letrados, hasta convertirla en casi ininteligible para los que no lo son.

Pasemos a verlo.

Las viviendas de protección pública —viviendas sociales— están sujetas a esta normación y además a la peculiarísima de ellas no muy compleja al efecto. Pues bien. ¿Por qué han de estar vinculadas al MOPU, u organismo que le sustituya? Lo estatal no puede ser el aspecto constructivo, sino la necesidad de promocionarlas en una u otra localidad. Ello, así como el concurrir o no los requisitos especiales para su calificación, es algo que puede superponerse a las demás actuaciones reguladas en esta Ley.

Igualmente debemos preguntarnos, por que las variadas Comisiones urbanísticas, en sus diversas escalas, no puede asumir la función de aquellas otras encaminadas a proteger los edificios históricos, o al medio ambiente, como la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico-Artístico y otras, completando así su actividad funcional, con la derivada de esas finalidades, que en cuanto a la última de esas protecciones ya estaba iniciada por el artículo 590 del Código Civil, al estatuir una prohibición atendida a los reglamentos municipales, de construir cerca de pared ajena o medianera de pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas.

La complejidad de las actuaciones urbanísticas se me mostró más de manifiesto leyendo a ROGELIO BUENDÍA, en la primera parte del volumen XXXIV del *Summa Artis*. Al ir estudiando ese autor la vida y las obras de los arquitectos europeos y norteamericanos del siglo XIX, destaca en ellos su técnica constructiva, o arte de la estructuración, la planificación de los espacios externos, en relación con las edificaciones, o sea, dice ese autor, “el desarrollo urbanístico”, y la plasmación de la obra como un arte, como una materialización de la belleza, que se trató de aumentar en esa época con la incorporación a ella de la escultura.

La legislación sobre las limitaciones de adquirir inmuebles por los extranjeros en las zonas estratégicas, debe desaparecer. Basada en una idea surgida en la guerra franco-prusiana de 1870, pero cuya realidad no fue confirmada, tuvo un reflejo legislativo en diferentes países, como ocurrió en el nuestro con el artículo 589 del Código Civil, expresivo de que no se podrá edificar —ni hacer plantaciones— cerca de plazas fuertes o fortale-

zas sin sujetarse a las condiciones determinadas por las Leyes, etc. Ya hemos visto la nula eficacia de estas fortalezas, agravada hoy con la proliferación de misiles y el arma aérea. Si se quisiera, no obstante, conservar alguna pequeña restricción en este aspecto, recójase en esta legislación urbanística y atribúyase a alguna de sus Comisiones.

En cuanto a la protección turística a través de las construcciones en las zonas susceptibles de aquella actividad, debe de declararse la plena competencia en la materia de las Comisiones de Urbanismo de las localidades afectadas, a través, básicamente, de sus posibles planeamientos.

Pero aún estimamos que debe añadirsele otra función a esas Comisiones Urbanísticas: la de información. En esta materia existen prohibiciones legales casi desconocidas de todos y difícilmente imaginables siquiera por los particulares. Si algunos conocen —vagamente— las limitaciones en el orden de las edificaciones, establecidas como servidumbres legales en las tierras colindantes con carreteras y costas, son muchos menos los que tienen ese conocimiento respecto a los pantanos que hayan podido construirse en su entorno vecinal; y ya quizá serán contadísimos los que tengan noticias de ese plano inclinado, esa cuña espacial entre el suelo y la altura que ella determine —según su ángulo inicial—, de las servidumbres legales de aeropuertos, radiofaros, radio goniómetros, que limitan la facultad de levantar construcciones, pasada cierta altura, o sea, una servidumbre de *altius non tollendi*.

## PERIODOS EN EL DESARROLLO URBANISTICO EN RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Con claridad determina como tales la vigente Ley, los cuatro siguientes (art. 11):

- 1.º El derecho a urbanizar.
- 2.º El derecho al aprovechamiento urbanístico.
- 3.º El derecho a edificar.
- 4.º El derecho a lo edificado.

Pero esta clarificación es incompleta. A ella tenemos que hacer varias adiciones y especificaciones resultantes de esa misma Ley, así como de preceptos no derogados sobre esta misma materia.

En atención a todo ello, consideraremos los siguientes grupos, teniéndose presente en todo caso, que según el artículo 221 de la Ley de 9 de abril de 1976, derogada por la vigente de 25 de julio de 1990 sólo en lo que se le oponga, “los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio

de las funciones reguladas en la presente Ley, podrán ser anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria, según proceda, por acuerdo de la Comisión Provincial del Urbanismo", u otros órganos de ello, cuando no intervenga esa Comisión Provincial.

Precepto que ha sido sustituido por el mucho más preciso y detallado de la Disposición Adicional 10.<sup>a</sup> de la nueva Ley, que en su apartado 1.º y después de hacer una enumeración de los actos inscribibles, dice en su número final, el 8.º, que también será inscribible "cualquier acto administrativo que en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución, modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas".

Conforme a todo ello, consideraremos los siguientes apartados:

- a) Cuestiones previas.
- b) Declaraciones de obra nueva en suelos no urbanizables.
- c) Divisiones y segregaciones del suelo urbano.
- d) Actuaciones respecto a las parcelas mínimas de edificación en suelo urbano.
- e) Declaraciones de obra nueva en suelo urbano, con fines industriales.
- f) El derecho a urbanizar.
- g) El derecho al aprovechamiento urbanístico.
- h) El derecho a edificar.
- i) Inscripción de edificaciones anteriores a la nueva normación.
- j) El derecho a la edificación.
- k) Reparcelaciones.
- l) Tanteos y retractos, actuaciones previas.

Pasemos a los respectivos análisis de esos supuestos.

#### A) *Cuestiones previas*

Aunque en diversos apartados del presente se hagan referencias más o menos detalladas a cuestiones hipotecarias, creemos conveniente hacer ahora una exposición más general de ellas, que complemente a las mismas; si bien el Texto Refundido puede alterar lo que resulta del actual.

##### a) *Título inscribible*

Se recoge esta materia en el apartado 2.º de la Disposición Adicional 10.<sup>a</sup> de la Ley que comentamos.

Dice la norma citada: "Segundo: Salvo los casos en los que la legislación establezca otra cosa, los actos a que se refiere el apartado anterior podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad mediante certificación administrativa expedida por el Secretario del órgano urbanístico actuante, en la que se hará constar en la forma exigida por la legislación hipotecaria las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo".

La expresión de cual sea en esta materia el título inscribible, además de los que procedan en casos concretos, no da lugar a ninguna cuestión. El artículo 3.º de la Ley Hipotecaria ya prevé la inscribibilidad de los documentos auténticos expedidos "por el Gobierno o sus agentes en la forma que prescriban los reglamentos".

Los problemas surgen al tratar de la capacidad, tanto subjetiva como objetiva, en orden a la práctica registral.

En orden a la capacidad subjetiva, si se trata de cesiones de terrenos destinados a dotaciones públicas —viales, etc.— o de los porcentajes de aprovechamiento urbanístico, de transferencias y gravamen del aprovechamiento urbanístico (art. 9 LS) y, en general, los contratos referentes a estos bienes o los actos de declaraciones de obra nueva, se requerirá, en todo caso, la correspondiente capacidad subjetiva, que por regla general será la de enajenar.

Pero tanto si se tratase de un acto de enajenación como si lo fuere de uno de disposición, existen sujetos titulares de ellos que no pueden actuar, ni incluso está previsto legalmente un representante legal que pudieran, al menos, consentir en subrogaciones reales —las reparcelaciones contienen excepciones a ello—.

El menor de edad, el ausente, el incapacitado, tienen órganos legales con capacidad propia o completada para realizar todos los negocios jurídicos derivados de los planes urbanísticos.

Incluso los fiduciarios podrán hacerlos por sí solos, en general, también declaraciones de obra nueva, pues constituirán mejoras, respecto de las cuales dice el párrafo 2.º del artículo 783 del CC, que el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, "sin otras deducciones" que las por gastos legítimos, créditos "y mejoras".

Pero al no coordinar esta peculiar legislación con el Código Civil, no se ha previsto recoger en todos esos supuestos de tenencia de goce pero no de capacidad de ejercicio, el principio de obligatoriedad de bastantes de esas situaciones urbanísticas, que hoy podrán no ser estimadas así, bien por el representante legal o bien por el Juez que haya de autorizarlas, pero a ninguno de ellos se le impone una obligación legal al efecto, teniéndose así que llegar por el Organismo urbanístico hasta el acuerdo de utilizar la expropiación forzosa.

Si de la capacidad subjetiva pasamos a la objetiva, las cuestiones son, si cabe, más arduas. Y no sólo ello, sino más numerosas.

Tropezamos, en primer lugar, con la descripción misma de la finca, la cual habrá de hacerse "en la forma exigida por la legislación hipotecaria" (Disp. Adic. 10.2.º LS). Y esta la recoge con detalle en las reglas 1.ª, 3.ª y 4.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario.

Pero las discordancias entre la descripción de la finca en el Registro y la que conste en el documento, cuando, no interviniendo en él el titular registral, se consigne aquella que conste en los datos obrantes en la correspondiente sección administrativa municipal, puede ser de tal monto, que impida la identificación de la finca, y por ende, la inscripción solicitada.

Es cierto que está en trámite una acomodación del Registro y del Catastro; pero hasta que ello llegue, y en cuanto a la numeración administrativa de los edificios, medio identificador por excelencia, teníamos un precepto del que apenas si tenemos noticias de su cumplimiento. Nos referimos al artículo 437 del Reglamento Hipotecario, cuya importancia es fácil de apreciar si consideramos, que son frequentísimas las alteraciones municipales en la numeración de los edificios, incluso la más profunda de cambiar el lugar de iniciación de la numeración. Es más, en la práctica registral se aprecian los numerosos supuestos de discordancia en la numeración de los edificios y en la denominación de las calles, que se dan en la realidad.

Dice el artículo 437:

"Los Alcaldes darán parte a los Registradores de las alteraciones introducidas en los nombres y numeración de calles y edificios y de cualquiera otra que afecte a la determinación de las fincas. Los Registradores, en su vista, harán constar la alteración en los índices y, cuando se practique una nueva inscripción, en los asientos de las mismas fincas, siempre que en el documento presentado se consignent las nuevas circunstancias.

Los interesados podrán solicitar, verbalmente o por escrito la extensión al margen de la última inscripción, de una nota relacionando el acuerdo del Municipio, su fecha y las circunstancias que rectifiquen, de conformidad con el correspondiente oficio de la Alcaldía, haciéndose referencia al número y legajo en que estuviere archivado".

Y complementando esa idea, se determinó en la Resolución de 24 de agosto de 1893 el como poder cumplir esa obligación cuando el edificio no estuviera aún inmatriculado; la de 21 de septiembre de 1910, que recordando el contenido de la RO de 24 de febrero de 1860 y la Resolución de 10 de noviembre de 1914, proveyó lo procedente para evitar la duplicidad de numeraciones al realizarse segregaciones de edificios.

Todo ello cayó en la inoperancia. Es una normación que es desconocida por casi todos; pero que hoy, a la vista de las exigencias que la Ley

del Suelo obliga respecto a los titulares de los edificios, es del todo necesaria la revitalización. Máxime si entran en plena efectividad los artículos 90 y siguientes de esta Ley, al precisar en el 91.3 y en el 96, el envío al Registro, para su constancia en él, de los planos que reflejen los sectores en los que procedan el tanto y el retracto de nueva creación, si bien, reiteramos, que esta nueva figura, es concebida como de derecho supletorio, a falta o como complemento de lo que puedan regular específicamente las Comunidades Autónomas, según dispone la Disposición Final 1.<sup>a</sup>3 de la presente Ley.

Pero siendo la idea básica de la capacidad objetiva la sentada en el párrafo 1.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que configura hipotecariamente el antiguo principio de Derecho de *nemo dat quod non habet* (Sentencia 24 de noviembre de 1887 y sigs.) y del cual ha surgido como derivación necesaria la tesis del llamado tracto sucesivo, ello obligará a que el particular actuante en cualquier cuestión de urbanismo tenga que tener inscrito su derecho en el Registro o se llegue a esa situación por la inscripción de la adquisición omitida o por la reanudación del tracto en alguna de las formas o supuestos recogidos en la legislación hipotecaria.

Pero esa situación se complica en los casos de las reservas sucesorias, tanto si es la de ausente del artículo 191 del Código, como si se trata de la troncal —o semitroncal— del 811 del mismo, o de la matrimonial del 968 y siguientes de ese Cuerpo Legal. En estos supuestos, no se tiene el pleno dominio de lo que se transmite, pues a todos esos reservistas les está impedida la enajenación con plenitud jurídica de la cosa objeto de la reserva.

Los reservistas, no capacitados siquiera para una subrogación real por ningún precepto legal (insistimos en que se comprende aquí las reparcelaciones), podrían quizá actuar en ese extremo completando su capacidad objetiva parcial con la de los posibles reservatarios, aplicando en cuanto a estos últimos lo dispuesto para las instituciones hereditarias sujetas a condición suspensiva.

Los fiduciarios, si la sustitución fideicomisaria es condicional, y cuyo condicionamiento impide conocer hasta ese instante quien sea el fiduciario. Y en general, otras situaciones similares, impiden la existencia en el momento de titulares de las fincas sujetas a cesiones urbanísticas y demás actuaciones de ese orden.

En todos esos supuestos, ha de predicarse lo que sostuvo la Sentencia de 8 de junio de 1954 para las sustituciones fideicomisarias con fideicomisario desconocido hasta que se cumpla una condición y para las reservas sucesorias lineales, de que el reservista y el fiduciario carecen de facultades para disponer de los bienes incluidos en esas situaciones jurídicas, pues la

capacidad condicionada para cancelar que les concede el artículo 178.4.º del Reglamento Hipotecario no puede extenderse a las enajenaciones.

La forma de suplir esa falta de capacidad objetiva, parece encontrarse en lo dispuesto por los artículos 801 a 804 inclusive del Código, conforme a los cuales, ese posible sucesor desconocido del momento por estar sometida su designación a una condición suspensiva, tendrá derecho a una administración de ese patrimonio, similar al de un ausente, conforme a cuya normación podrá realizarse la enajenación mediante la autorización que para ello se exige por el Código.

En otro caso, incluso ante la dificultad práctica para el organismo urbanístico de montar todo ese andamiaje jurídico de la representación, habrá de acudir por éste a la expropiación forzosa, como actuación recogida en una norma de esta Ley del Suelo comprendidas entre las de aplicación plena por la Disposición Final 1.2 de la misma, y autorizada en su uso como medio para obtener suelos urbanos destinados a los sistemas generales por el artículo 57.1.b) de la misma, por el 18 de la repetida Ley del Suelo, y en su caso, por el 63 de ésta.

Se nos dirá que en esta materia hemos olvidado el punto c) del párrafo 2, del artículo 59 de la actual Ley del Suelo, expresivo de que al ejercitarse el derecho de ocupación directa por la Administración “se entenderán las actuaciones con el Ministerio Fiscal en el caso de propietarios desconocidos, no comparecientes, incapacitados sin persona que los represente, o cuando se trate de propiedad litigiosa”, precepto que transcribe, en cuanto a esta figura de la ocupación directa, lo dicho respecto a los supuestos de expropiación forzosa por el artículo 5.º de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (de 16 de diciembre). Y no lo hemos aludido, porque, a nuestro juicio, el Ministerio Fiscal no viene aquí a representar a nadie, no puede consentir en nombre de nadie, sólo interviene, y ello es ya de por sí importante, para proteger derechos de quienes no lo pueden hacer, para evitar actuaciones contrarias a una u otra Ley de aplicación obligada.

## B) *Inscripciones, anotaciones y notas marginales*

### a) *Inscripciones*

Considera esta legislación como situaciones jurídicas sujetas a inscripción a través de una inscripción, las siguientes:

1.<sup>a</sup> Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución del planeamiento, en cuanto supongan la modificación de las fincas regis-

trales afectadas por el Plan, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización (Disp. Adic. 10, apartados 1.º, núm. 1.º, y 3.º, núm. 1.º, LS).

El título para ello parece ser la oportuna certificación del Secretario del órgano urbanístico actuante (Disp. Adic. 10, apartado 2.º LS).

2.ª Las cesiones de terrenos con carácter obligatorio en los casos previstos por las Leyes o como consecuencia de transferencias de aprovechamiento urbanístico (Disp. Adic. 10, apartado 1.º, núm. 2.º LS).

El documento base para esa inscripción puede ser muy variado, pues mientras el artículo 37.2.a) de la Ley del Suelo habla de acuerdo de cesión, venta o distribución, implicando la idea de una escritura pública, el artículo 59.4, dispone la remisión al Registro de la Propiedad, al efecto de inscribir a favor de la Administración, en los términos que reglamentariamente se establezcan, de la certificación administrativa que recoja la ocupación directa de la finca, mediante el procedimiento que se determine en la legislación urbanística, y el artículo 61 de la misma, establece, que la cesión de terrenos, en ciertos supuestos, se producirá por ministerio de la Ley, con la aprobación definitiva de los instrumentos redistributivos de cargas, implicando así la idea de la referida certificación administrativa como vehículo propio para la inscripción.

3.ª Las sentencias firmes en que se declare la anulación de instrumentos de planeamiento, de instrumentos de ejecución del mismo o de licencias, cuando ello se concrete a fincas determinadas “y haya participado su titular en el procedimiento” (Disp. Adic. 10, apartado 1.º, núm. 2 LS).

El precepto parece claro en su inciso final, que aplicado literalmente nos podría llevar a la conclusión, de que la actuación judicial en esos supuestos quedaba al arbitrio, o sea, a la voluntad, conforme del titular perjudicado; pero esto no es cierto.

Los litigios están sometidos al principio de derechos de que “nadie puede ser condenado sin ser oído”, pero en ningún modo puede exigirse para la validez de un litigio la comparecencia de uno de los litigantes; la problemática de los juicios en rebeldía de los artículos 762 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como su complemento, las notificaciones en estrados recogidas en el 821 y siguiente de la misma, son plenamente bastantes para sostener que no existe indefensión, pese a no participar en el litigio una de las partes, la en situación en rebeldía. Lo que quiere la Ley del Suelo es sólo que se cite al titular.

El documento hábil para provocar las oportunas actuaciones registrales, es evidentemente las certificaciones o testimonios de sentencias firmes, expedidas en legal forma por el Tribunal que los hubiere dictado, dice el artículo 598.1.º Ley de Enjuiciamiento Civil.

Registralmente, y dado que, como después veremos, existirá generalmente una anotación preventiva de haberse interpuesto el recurso contencioso administrativo originador de la sentencia de que tratamos, esa ejecutoria será título bastante, no sólo para practicar la inscripción correspondiente, sino también para cancelar la anotación de demanda y los asientos posteriores a ellas, contradictorios o limitativos del derecho que se inscriba (art. 198.2.º y 3.º Reglamento Hipotecario).

Pareciendo innecesario indicar, que esa anotación de demanda a que hemos aludido, se cancelara también, cuando por sentencia firme fuere absuelto el demandado (art. 206.1.º Reglamento Hipotecario).

4.<sup>a</sup> Las declaraciones de obra nueva o de obra nueva en construcción recogidas en las correspondiente escritura pública (art. 25 LS), como expondremos con más detalle posteriormente.

5.<sup>a</sup> Las ventas forzosas derivadas de sanciones por incumplimiento de deberes urbanísticos, realizadas “a través del procedimiento que se determine en la legislación urbanística” (art. 63 LS).

6.<sup>a</sup> Las adjudicaciones mediante concurso de inmuebles incluidos en el Registro de Solares y Terrenos sin urbanizar (art. 64 LS). Pero teniendo en cuenta que “el adjudicatario del concurso tendrá la consideración de beneficiario de la expropiación”, cuya titulación, recogida en el artículo 32 del Reglamento Hipotecario, será bastante para la inscripción a favor del adjudicatario (art. 65 LS).

7.<sup>a</sup> Las expropiaciones forzosas que enumera el artículo 78 de la LS en la forma y condiciones que indica el artículo 32 citado del Reglamento Hipotecario.

En esta materia ha de hacerse una distinción de gran importancia en el orden registral. En efecto, la finalidad de la expropiación, en orden al derecho de propiedad objeto de ella, puede ser, bien extintiva del mismo o bien traslativa. Si es lo segundo, lo cual es bastante corriente en las expropiaciones forzosas complementarias de concesiones administrativas —las de terrenos para bocaminas, etc., en las concesiones mineras por ejemplo—, el asiento que ella origina es el general de transferencia del dominio, al que se refiere el inciso final del artículo 76 de la Ley Hipotecaria. Pero si es extintiva del derecho de dominio, al pasar la cosa objeto de él a la situación de bien de dominio público, los del Estado, o de dominio y uso público, los municipales o provinciales, ambos por tanto no susceptibles de tráfico y por ende de inscripción (art. 5.º RH), procederá la desinmatriculación del mismo mediante la nota marginal que a ese efecto previene el párrafo 2.º del artículo 6.º del Reglamento Hipotecario.

8.<sup>a</sup> Como norma general complementaria, se sujetan también a inscripción (Disp. Adic. 10, apartado 1.º, núm. 8 LS), en virtud de la certificación antes citada (Disp. Adic. 10, apartado 2.º LS), cualquier otro acto

administrativo, que en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución, modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de ésta.

9.<sup>a</sup> Dentro de este grupo deberíamos incluir las reparcelaciones y los tanteos y retractos legales urbanísticos; pero de ambas materias trataremos después con más detalle, que impide el hacerlo ahora para evitar la redundancia.

#### b) *Anotaciones*

Como objeto de anotación en el Registro de la Propiedad, sólo se recogen dos en la Ley que comentamos, ambos, entendemos, se originarán en virtud del mandamiento por duplicado, bien del órgano urbanístico actuante en el primero de los supuestos que veremos o bien del Tribunal Contencioso-Administrativo correspondiente.

Como circunstancia común a ambas se estatuye (Disp. Adic. 10, apartado 3.2 LS) por esta Ley que estas anotaciones caducarán a los cuatro años y podrán ser prorrogadas a instancia del órgano urbanístico actuante. Pero hay que decir que casi todo el contenido del párrafo transcrito es sólo una “aproximación” a la realidad jurídica.

Sólo habrá “órgano urbanístico actuante” cuando se trate de expedientes de disciplina urbanística, no si se trata de la interposición de un recurso contencioso-administrativo en el que tanto la anotación como la prórroga será ordenada por un Tribunal, que en modo alguno está limitado sólo a las cuestiones urbanísticas.

Además, se olvida de indicar el precepto, cual sea el período de vigencia de la prórroga; y ante ese vacío legal y dado que se trata de una cuestión netamente registral, tendremos que aplicar los artículos 86 de la Ley Hipotecaria y 199 de su Reglamento, conforme a los cuales, cuando se trate de la anotación ordenada por un órgano urbanístico, la prórroga caducará a los cuatro años, contados desde el día en que venció su plazo de vigencia inicial; y si la anotación hubiese sido ordenada por un Tribunal Contencioso-Administrativo, subsistirá la anotación prorrogada “hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento” en que se dictó.

Estas dos anotaciones, según la Disposición Adicional citada, serán:

1.<sup>a</sup> De haberse incoado expediente sobre disciplina urbanística o de aquella otra que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar el cumplimiento de la sanción impuesta (Disp. Adic. 10.1.3 LS).

2.<sup>a</sup> La demanda en los procedimientos ante los Tribunales Contencioso-Administrativos que pretenda la anulación de instrumentos

de planeamiento, de instrumentos de ejecución del mismo o de licencias (Disp. Adic. 10.1.6 LS).

c) *Notas marginales*

La proliferación de las notas marginales ha llegado a tal extremo que al consultar el contenido de bastantes folios registrales —historial de una finca— se requerirá un estudio detallado, con dictamen escrito que permita precisar aquél, por lo que es corriente que se deje entre las páginas de ese folio las notas y deducciones resultantes de su estudio a fin de facilitar ulteriores consultas. Y esto es de tal importancia que, sin admitirlo claramente, así se ha configurado una certificación registral anómala como tal, ya que su contenido, según el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, lo es realmente el de un “breve informe no vinculante, explicativo de la situación jurídica registral de la finca o derecho o del modo más conveniente de actualizar el contenido registral, de conformidad con los datos aportados por el solicitante o bien sobre el alcance de una determinada calificación”; informe que es complementario físicamente de la certificación.

Recójense todas las notas marginales que lo sean de referencias entre asientos. Esto aclara el estudio del folio. Pero restrínjense las notas marginales sustantivas o sustitutivas de asientos, pues ellas oscurecen la publicidad registral, convirtiéndola en casi incomprensible.

Como circunstancias y efectos generales de ellas se recogen en la presente Ley los de que salvo disposición en contrario tendrán una vigencia indefinida, así como que no producirán más efecto que el de dar a conocer la situación urbanística en el momento a que se refiera el título, salvo que se le dé otra finalidad específica por una norma legal recogida en ésta o en otras Leyes, como puede verse respecto a las notas marginales de la Disposición Adicional 10, apartado 4, números 1 y 2, de la Ley del Suelo; la desinmatriculación por pasar la finca a ser de dominio público del párrafo 2.º del artículo 6 del Reglamento Hipotecario y otras.

El título inscribible será en general, y salvo disposición especial, la certificación administrativa del Secretario del organismo urbanístico actuante (Disp. Adic. 10.2 LS).

Conforme a la Ley del Suelo, han de considerarse las siguientes notas marginales:

1.<sup>a</sup> La expresiva de las condiciones especiales de concesión de licencias en los términos previstos por las Leyes (Disp. Adic. 10.1.4 LS).

2.<sup>a</sup> Las indicadoras de los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico (Disp. Adic. 10.1.5 LS).

3.<sup>a</sup> La expresiva de haberse cumplido los deberes urbanísticos a que se refiere el artículo 15 de la Ley del Suelo (art. 29.2.º LS).

4.<sup>a</sup> En los casos de expropiación forzosa determina el artículo 32 del Reglamento Hipotecario que al expedir el Registrador la certificación de dominio y cargas de la finca a expropiar consignará “por nota al margen de las inscripciones correspondientes que ha expedido la certificación”, como asimismo la fecha de ésta y el procedimiento expropiatorio de que se trate. Nota cuyo plazo de vigencia es el de tres años desde su fecha, salvo que en el Registro conste algún nuevo asiento relacionado con el expediente expropiatorio, el cual, entendemos, dará lugar a que se inicie de nuevo el plazo desde la fecha de ese asiento.

### C) DERECHO DE SUPERFICIE

Nacido realmente en virtud de la Ley del Suelo de 12 de marzo de 1956, recogido después por el Reglamento Hipotecario, modificado por la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 (en especial sus arts. 171-174), es silenciado por esta Ley, lo cual no quiere decir que se derogue, sino que, a juicio del legislador, no se requiere el ser modificado.

Esta situación nos releva de cualquier estudio del mismo, que no sería ya un comentario a la Ley actual. Pero sí es un comentario de ella el criticar la falta de artículos reformadores de los antes citados de la precedente Ley del Suelo.

El derecho de superficie nació ya muerto, incluso momificado, en la Ley del 56. No se ha considerado útil por propietarios de suelos, constructores, promotores, etc. La finalidad que debería haberse perseguido por él, pero que no lo fue, de dotar al propietario del suelo y al constructor de una garantía de sus respectivos derechos mientras se realizaba la edificación quedó desatendida por él, fundamentalmente por el excesivo coste, especialmente de orden fiscal, que esa figura jurídica implicaba.

Y este repudio es de tal monto, que se llega hasta sustituirlo por algo tan falible en este aspecto de garantía como es un poder de venta otorgado por el propietario del suelo a favor del constructor como complemento aparente e irrevocable de un documento privado de venta que se mantiene oculto u otras formas de garantía poco más seguras.

No podemos terminar esta lamentación sobre la carencia de una profunda reforma de ese derecho sin indicar que sistemáticamente debería estar excluido de esta legislación para ser recogido por el Código Civil junto con algunos otros, recogidos también en grupos legislativos inapropiados —derecho de vuelo, de construcción de nuevas plantas, de opción, etc.—, en el que tiene su encuadre adecuado.

## DECLARACIONES DE OBRA NUEVA EN SUELOS NO URBANIZABLES

En estos suelos, determina con carácter general el artículo 5 de la Ley del Suelo, “no podrán ser destinados a fines distintos del agrícola, forestal, ganadero, cinegético y, en general, de los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales conforme a la legislación que los regule, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente”. Y este otro precepto ya permite “construcciones e instalaciones” en el mismo, en el que estarán comprendidas las industriales, olvidadas por el artículo 5.

En todo caso, y a los efectos registrales, no se exige respecto a estas edificaciones el que se presenten a Notarios y Registradores las licencias y certificaciones expresadas en el artículo 25 como requisito previo e ineludible para las actuaciones propias de esos funcionarios.

En consecuencia de ello, las declaraciones de obra nueva en los suelos no urbanizables no requiere otras exigencias que las tradicionales recogidas en los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y el 308 de su Reglamento, de que luego hablaremos, dado que si se pretendiese exigir algún requisito contenido en otras normas legales nos encontraríamos con que la Disposición Derogatoria de la presente Ley la declara respecto de las demás disposiciones de carácter general, o sea, no específicas, de la legislación del suelo, “que se opongan a lo establecido en esta Ley”, en la cual, y en sus artículos 5, 6 y 7 hemos visto que no se recoge ninguna limitación o prohibición en orden a la constancia registral de cualquier edificación en “suelo no urbanizable” sólo sería necesario, a nuestro juicio, acreditar ese carácter de no urbanizable.

A mayor abundamiento, el artículo 45 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978 (aprobado por RD), que en su día será incluido en el Texto Refundido que la nueva Ley preconiza, disponía:

“1. Los terrenos clasificados como suelo no urbanizable estarán sujetos a las limitaciones establecidas para el suelo urbanizable no programado.

2. Los espacios que por sus características, según el Plan General, deban ser objeto de una especial protección, no podrán ser dedicados a utilidades que impliquen transformaciones de su destino o naturaleza o lesionen el valor específico que se quiera proteger”.

Y la lectura de ese texto, comparándolo con el de los artículos 5, 6 y 7 de esta Ley, especialmente el último, revela que las ideas de aquél están recogidas, con modificaciones, en éstos, dándose así la oposición entre normas legales que, como derogatorias de las anteriores, preconiza la

Disposición Derogatoria de la presente, que impide esa referencia del apartado 1.º del referido artículo 45 a unas posibles normas para el suelo urbanizable no programado y, por ende, la aplicación actual de ellas si se dictasen.

## DIVISIONES Y SEGREGACIONES DEL SUELO URBANO

El artículo 94 de la anterior Ley del Suelo recogía una regulación impositiva de las actuaciones de los particulares en perjuicio de los planes urbanísticos. La ley actual no reitera esa norma, pero su idea informadora sí subsiste, obligándonos a respetar sus sanciones en los artículos 8 y siguientes de la nueva Ley, como se expresa con suficiente claridad en la Exposición de Motivos de la misma al decir:

“V. Para la correcta aplicación del esquema de configuración de las facultades urbanísticas que se establecen en la nueva Ley, adquiere importancia primordial la programación que ha de contener el planteamiento. No es sólo que la utilización urbanística de un terreno exija la previa atribución de esta facultad por el planeamiento urbanístico, sino que la determinación de cuándo van a incorporarse efectivamente los terrenos afectados al proceso urbanizador y edificatorio no puede condicionarse a la libre decisión de sus propietarios”.

Así, no es de extrañar la existencia de normas, no ya solo que impidan las parcelaciones urbanísticas no legitimadas, sino incluso el que se llegue a ellas en forma indirecta y por la vía de situaciones de hecho.

Una de esas normas protectoras era el citado artículo 94, con su derivado el 96 de aquella Ley, que prohíbe efectuar cualquier “parcelación urbanística” si no está aprobada debidamente; idea recogida hoy en el artículo 12 y en el que, como derivación de ello, se les impuso a los Registradores y Notarios el no poder utilizar ni inscribir negocios jurídicos en los que se realizaran aquellas divisiones de terreno sin haber obtenido la oportuna licencia.

Ello se consideró excesivo, pues quizá la mayoría de esas divisiones tuvieran su base en derechos de naturaleza civil, muy alejados de toda idea urbanizadora.

Por tanto, hubo de decirse por el Supremo, en Sentencia de 29 de marzo de 1968, que esas limitaciones no afectaban a las acciones civiles de disolución de una comunidad de bienes mediante la división de la cosa objeto de ella y adjudicación de los lotes a los participantes.

Y al desarrollarse aquel precepto por el Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978 (RD 23 junio) se establecieron por sus artículos 51, 57

y 66 sanciones concretas por quebrantamiento de aquel precepto, sujetándose a responsabilidad a algunos profesionales, pero sin aludir para nada a los Notarios o a los Registradores ni establecer ningún impedimento en orden a su registración, pues lo que indica el apartado 3.º de aquel artículo 66 es que "en ningún caso se considerarán solares ni se permitirá edificar en ellos los lotes resultantes de una parcelación efectuada con infracción de los artículos 95 y 96 de la Ley del Suelo" (la anterior).

Pero no toda división o segregación de fincas radicantes en un término municipal puede estar sometido a esa norma.

Ya vimos que el Supremo excluía las resultantes de una *actio communi dividundo*.

Igualmente, hemos de hacerlo respecto a las divisiones o segregaciones de edificios ya construidos, pues toda esta legislación se está refiriendo a solares o terrenos análogos.

Finalmente, también es de destacar a este efecto el Real Decreto de 25 de agosto de 1978, que en su artículo 44.4.º dispone que en los terrenos rústicos sólo se prohíben los fraccionamientos de ellos realizados "en contra de lo dispuesto en la legislación agraria".

## PARCELAS MINIMAS DE EDIFICACION

El artículo 95 de la Ley del Suelo de 1976 (de 9 de abril) contiene una norma restrictiva destinada a impedir que surjan parcelas inedificables. Esa disposición, y para que tengan vigor sus postulados, requiere la existencia de un plan de urbanización que las haya expresado, lo cual resulta también implícitamente del artículo 32 y siguientes de la vigente Ley.

De la concurrencia de ambas normas resulta que para la conservación de esas parcelas mínimas se estatuyen las actuaciones que hemos considerado en la pregunta anterior y, además, la obligación de Notarios y Registradores de consignar en la descripción de las fincas comprendidas en el plan la cualidad de indivisibles cuando así lo fueren.

A este efecto y conforme a los subapartados 8.º del apartado 1.º y al subapartado 1.º del apartado 3.º, ambos de la Disposición Adicional 10 de la vigente Ley, se inscribirán en el Registro los actos administrativos que en el desarrollo del planeamiento o de sus planeamientos modifique el dominio sobre las fincas o, en el presente caso, la facultad de segregar y dividir, para poder así cumplir aquellos funcionarios la exigencia del apartado 3.º del artículo 96 de la Ley del Suelo de 1976 de que cuando se trate de autorizar e inscribir escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia que los primeros deberán testimoniar en el documento.

Si bien ha de observarse, ese precepto no estatuye como sanción en caso de inobservancia una nulidad de la escritura o de la inscripción, sino sólo el que, en ningún caso, se los considerará como solares ni se permitirá edificar en las fincas resultantes de la división contraria a la unidad mínima de edificación. En lo cual insiste el artículo 66 del Reglamento de Disciplina Urbanística (RD 23 junio 1978).

Finalmente, el últimamente citado artículo 66 de aquel Reglamento impone la sanción de una multa cuando la parcelación lo sea de suelo no urbanizable, pero no olvidándose que ello procede sólo en las divisiones o segregaciones de terrenos con ánimo de urbanizarlos, como puede verse en la pregunta anterior.

Y que en el artículo 78.1.º.b) de la vigente Ley del Suelo se dispone que en los casos de parcelación ilegal en suelo urbanizable no programado o no urbanizable se deducirá del justiprecio necesario para la exposición por incumplimiento de la función social de la propiedad el importe de la multa que se imponga.

## DECLARACIONES DE OBRA NUEVA CON FINES INDUSTRIALES

La nueva Ley, al referirse al suelo no urbanizable, en su artículo 6 prevé construcciones e instalaciones autorizables en él conforme a la legislación aplicable; pero añade como condicionante que “en todo caso habrá de garantizarse la preservación del mismo del proceso de desarrollo urbano”, y ello se conseguirá, según el artículo 39.2 del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 (de 25 de agosto), asumiendo el propietario las obligaciones (cesión gratuita de terrenos para ciertos fines, señaladas en los arts. 83.2 de la anterior LS y 46 del Reglamento antes citado) “mediante inscripción en el Registro de la Propiedad” de esa garantía.

Esta posibilidad de realizar excepcionalmente edificaciones industriales, que hemos recogido sólo por ser la única reguladora de aquella garantía y entender así que quizá se conserve en el futuro Texto Refundido, creemos que también se conservará, en su sentido directo y con la garantía expresada, cuando se trate de edificios industriales a edificarse en suelo urbano, supuesto que como aprovechamiento transitorio no está contemplado por la nueva Ley.

## EL DERECHO A URBANIZAR

Entendiendo por tal el que permitirá dotar a la zona de que se trate de todos los elementos indispensables para ello, como viales, canalizaciones de agua, etc., se origina, al aprobarse el planeamiento preciso en cada clase de suelo, que en el urbano será un Plan General y, en su caso, Plan Especial de Reforma Interior; en el urbanizado programado lo será un Plan General y un Plan Parcial, y en el urbanizable no programado un Plan General, un programa de actuaciones urbanísticas y un Plan Parcial, con aprobación definitiva del instrumento de ordenación específica (art. 12 LS).

Si con ocasión de ello fueren modificadas fincas registrales afectas al Plan, bien por atribución de dominio o como de otros derechos reales, ello se hará constar en el Registro mediante la correspondiente inscripción en virtud de la presentación en él de la certificación administrativa expedida por el Secretario del órgano urbanístico actuante, la que su contenido recogerá lo que respecto a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo se exige por la legislación hipotecaria (Disp. Adic. 10.1.1, 2.º y 3.1).

Pero como puede existir disconformidad de los interesados respecto a esas actuaciones, la interposición del recurso contencioso-administrativo al efecto originará la consignación registral del mismo mediante la oportuna anotación, que debemos de calificar como de demanda, así como, en su día, la sentencia firme que se dicte, que si no accede a lo pedido, entendemos que originará un mandamiento cancelatorio de la anotación, y si declarare la anulación pedida, originará a su vez una conversión de la anotación de demanda en inscripción de cancelación de la inscripción del planeamiento inscrito y recurrido (Disps. Adics. 10.1.6, 3.1.2 LS).

El detalle de esta etapa inicial del planeamiento urbanístico lo exponremos en el apartado siguiente.

## DERECHO AL APROVECHAMIENTO URBANISTICO

De las cuatro fases urbanísticas que considera el artículo 11 de la Ley que comentamos: derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, derecho a edificar y derecho a la edificación realizada, es, sin disputa, la del derecho al aprovechamiento urbanístico la más importante y la más compleja en todos los órdenes implicados en el urbanismo.

Expongamos separadamente los distintos momentos que integran esta fase de los aprovechamientos urbanísticos en su relación con el Registro de la Propiedad, si bien haciéndolo también del contenido de la fase

anterior —o inicial— del derecho a urbanizar, como ya indicamos en el precedente apartado.

#### A) IDENTIFICACIÓN DE LAS FINCAS AFECTADAS

La determinación de cuáles sean las fincas involucradas en un planeamiento urbanístico es básica. Sus titulares van a ser los beneficiados o los perjudicados con el Plan.

En los folios registrales abiertos a cada una de las fincas involucradas se inscribirán las modificaciones en el dominio o en los derechos reales, las garantías reales de la obligación de ejecución o las de conservación de la urbanización; y si se tratase de reparcelaciones, incluso la inscripción del expediente (Disp. Adic. 10, apartados 1.1 y 4.1 LS).

Esta indispensable identificación no ha merecido la atención del legislador. ¿Cómo pretenderá conseguirla? No olvidemos que la concordancia del Catastro con el Registro se encuentra en fase preparatoria, aunque lo sea incluso con la existencia de algunos Registros pilotos.

La legislación sobre concentración parcelaria, muy anterior a toda esta otra que comentamos, ya previó esta dificultad y acudió a su solución. Determinó la aprobación de las bases provisionales donde se recogían los datos jurídicos de las fincas (art. 184 Ley 12 enero 1973), ordenó al Instituto el realizar los trabajos e investigaciones necesarias para determinar la situación jurídica de las parcelas (art. 190 Ley 12 enero 1973), llamó a los interesados a colaborar en esa función (art. 193 Ley 12 enero 1973) y lo que quizá sea más efectivo en la práctica a los efectos que nos ocupan, ordenó que formasen parte de las comisiones locales de concentración parcelaria, aparte de los técnicos indispensables para ello, al Registrador de la Propiedad y al Notario como técnicos en Derecho hipotecario, y al Alcalde y tres agricultores (aquí serían tres propietarios de solares o edificios) que por su enraizamiento en la población serán unos ineludibles asesores en las identificaciones de las fincas registrales, las de los planos municipales y las de la realidad (art. 16 LRDA de 12 enero 1973).

Frente a todo ello sólo tenemos en esta Ley del Suelo la exigencia del apartado 2.º de la Disposición Adicional 10 de que en las certificaciones que expida el Secretario del órgano urbanístico actuante ha de hacer constar “en la forma exigida por la legislación hipotecaria las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo”. De dónde obtendrá esos datos dichos funcionario no se dice ni incluso mediante indicaciones; pero, no obstante, la falta de alguno de ellos impedirá el reflejo registral del acto de que se trate.

## B) CESIÓN DE VIALES

En la práctica, esta actuación deberá ser la segunda en el orden urbanístico. Para el aprovechamiento urbanístico de cualquier zona se requiere la construcción y puesta a punto de la calles, plazas, jardines, etc.

La necesidad del hecho es evidente, pero él ha de estar encuadrado en algún derecho.

La Exposición de Motivos [apdo. 4.º.b) LS] habla de “los deberes de cesión”, frase en la que incide en el articulado (art. 15.1), y del “acuerdo de cesión” [art. 57.2.a) LS], todo ello cuando no exista oposición al efecto, llegándose a mayor generalidad por la Disposición Adicional 10, apartado 2.º, que habla de “cesión de terrenos con carácter obligatorio”.

Con carácter imperativo ya se prevé que la adquisición de esos bienes se lleve a efecto por “expropiación u ocupación directa” (art. 57 LS), insistiendo después en tratar de diferenciar la expropiación forzosa de la “ocupación directa” (arts. 58-59 LS).

Estamos en una Ley de bases que va a dar lugar a un texto refundido, lo cual permitirá realizar una formalización correcta. No sabemos bien en qué sentido se inclinará ese texto, pero en todo caso habrán de tenerse en cuenta ciertos principios que ahora apuntamos:

1.º Que nuestro Código sólo reconoce como negocios jurídicos en los que exista una cesión al “pago por cesión de bienes” (art. 1.175) y a “la cesión de un crédito, derecho o acción” (art. 1.526) en negocio jurídico que asimila a la compraventa, pues habla de “la venta o cesión de...” (art. 1.528), y en varios otros preceptos lo llama venta. Negocio que aplica el artículo 149 de la Ley Hipotecaria para la cesión de los créditos hipotecarios.

2.º Fuera de ello, el término cesión no configura ningún negocio jurídico. Se tratará sólo de usarlo en sentido gramatical o coloquial.

3.º Que en materia de urbanismo no existe una entidad oficial con personalidad, como ocurría con la concentración parcelaria que consideró órganos colegiados a las comisiones locales y concedió la representación en el orden jurídico al antiguo IRYDA (el art. 235, entre otros, de la Ley 12 enero 1973), que tenía el carácter de organismo estatal autónomo. En tanto que en las sucesivas leyes del suelo no se da personalidad a las comisiones urbanísticas, salvo a la municipal, no por ella en sí, sino por tener la cualidad de ser a la vez un Ayuntamiento. Las pretendidas cesiones no podrán serlo sino a estos últimos.

4.º Que la “ocupación” es un medio de adquirir, no un derecho real, como se reconoce por el artículo 609.1.º del Código Civil. Pero resulta, además, que la ocupación a que se refiere la Ley del Suelo es de bienes

inmuebles, y respecto de ellos se dice por el artículo 21 de la Ley de Patrimonio del Estado (de 15 de abril de 1964) y artículo 51 de su Reglamento (de 5 de noviembre de 1964), que pertenecen al Estado como bienes patrimoniales los inmuebles que estuvieran vacantes y sin dueño conocido, los cuales se entienden adquiridos por el Estado, desde luego, por el cual se tomará posesión de los mismos en vía administrativa, salvo oposición de terceros con posesión de más de un año, en que tendrá que acudir a la jurisdicción ordinaria.

5.º Visto lo desacertado de esa terminología, sería lógico sustituirla por la de una expropiación forzosa, parcial en cuanto a la finca y peculiar en cuanto a sus trámites.

6.º La ocupación o posesión material de las fincas colindantes con la futura vía pública se requerirá, a veces, para el acopio de materiales, maquinaria, etc. Ello no se prevé en esta Ley, pero sí lo está por el Código, al decir en su artículo 569 que si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado a consentirlo, “recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroge”.

7.º Adquiridos los terrenos necesarios para viales por el título adecuado a la clase del negocio adquisitivo, su reflejo registral es sencillo, pues el párrafo 2.º del artículo 6.º del Reglamento Hipotecario establece que ese paso de un inmueble inscribible a bien de dominio público no inmatriculable se hará constar por nota marginal, la cual producirá un cierre definitivo del folio registral.

Hemos de destacar, por último, que al referirse esta Ley a la expropiación forzosa no realiza muchas reformas en ella, aunque sí muy interesantes, siendo éstas las siguientes:

1.<sup>a</sup> La Administración actuante podrá utilizar el procedimiento de tasación conjunta que ella regula (art. 74.1.º LS).

2.<sup>a</sup> Que el justiprecio de la finca expropiada podrá satisfacerse “mediante la adjudicación de terrenos equivalentes situados en la misma área de reparto que los expropiados” (art. 74.2.º LS).

3.<sup>a</sup> Que el derecho de reversión, apenas indicado en la Ley de Expropiación Forzosa, está muy regulado en la presente.

Se prevé en ella que no se altera el destino de lo expropiado si la modificación se debe a modificación o revisión del planeamiento, siempre que el nuevo uso sea igualmente dotacional público.

### C) DERECHO AL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

Partiendo de la base de que la expresión aprovechamiento urbanístico es poco precisa, pues él puede hacerse tanto por los titulares de los terrenos afectados con el Plan como por los de zonas colindantes a los que la nueva urbanización le aporte ventajas de muy variada índole, en tanto que sería más reveladora y comprensible para el general de los interesados en la materia la de plusvalías por la actuación urbanizadora, distintas, eso sí, a las plusvalías por la libre actuación social; aquéllas, las plusvalías urbanísticas, que gravarían específicamente a los terrenos incluidos en el Plan, resultarían así comprendidas en la idea básica informadora de las contribuciones especiales de que tratan los artículos 28 al 37, inclusive, de la Ley de Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988, en tanto que las plusvalías sociales, en su aspecto tributario, constituyen la base del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (el tradicional arbitrio de plusvalía).

Hemos de exponer con carácter general dos reproches que merece la presente normación urbanística:

El abuso en el articulado de expresiones matemáticas, así como de elevación a normas de Ley de operaciones de ese orden, debe ser relegado a los Reglamentos, reservando la Ley a las formulaciones generales —nadie se imagina un Código Civil con fórmulas matemáticas expresivas de la cuantía, por ejemplo, de los daños y perjuicios en los negocios jurídicos.

El carecer de una idea básica, viable y con encuadre en nuestro ordenamiento jurídico sobre la forma de asegurar el abono de los costos de lo que esta Ley considera como aprovechamientos urbanísticos; la consideración de que los créditos por esos aprovechamientos pueden garantizarse, bien mediante una hipoteca legal o bien, con tendencia más moderna, con la atribución a ellos del carácter de créditos privilegiados, con encuadre, en uno u otro caso, en los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil, son medios más que suficientes para la finalidad de aseguramiento de los créditos de que tratamos, así como para encajarlos, sin ningún forzamiento, dentro de la sistemática de nuestro ordenamiento jurídico.

Pasando al desarrollo práctico de esta materia, básicamente en el orden registral, la actuación que nos interesa es la certificación del Secretario del organismo urbanístico determinante de lo que respecto a cada finca sea procedente en cuanto a los aprovechamientos adquiridos por sus respectivos propietarios (arts. 15, 16, 30, 32 y sigs. LS). A cuyo efecto dispone el artículo 29 de la Ley actual:

“2. Los Ayuntamientos remitirán al Registro de la Propiedad que corresponda copia de las certificaciones acreditativas del cumplimiento de los deberes urbanísticos a que se refiere el artículo 15 a fin de que se tome nota marginal en las inscripciones de las fincas respectivas”.

Esta nota marginal, que hemos de calificar como de las sustitutivas de asientos principales, tiene como características, según el apartado 3 del número 3.º de la Disposición Adicional 10, que ya hemos comentado, la de que su vigencia es indefinida; que el asiento principal al que sustituye es uno de inscripción, y el que ella no recoge titularidad alguna de derechos o créditos, sino sólo un “dar a conocer la situación urbanística en el momento a que se refiera el título que las originaron; o sea, que publica situaciones, pero no derechos.

Pero esta actuación, que como vemos se encamina sólo a una publicidad o, a lo sumo, a una advertencia al que pretenda negociar con la finca de que se trate, será complementada con las actuaciones referentes al ejercicio del derecho al aprovechamiento urbanístico que pasamos a exponer, pero teniendo en cuenta que el titular de cada finca sólo puede utilizar el aprovechamiento que según los planeamientos corresponda a ella, a cuyo efecto enajenará el sobrante, si lo tuviere, o adquirirá el que le falta (arts. 30 y sigs. LS).

El propietario de terrenos acreditará ante la Administración actuante el cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización, con lo cual añaden a su suelo rústico las cualidades necesarias para ser edificable; de cuya actuación obtendrán una certificación de la citada Administración actuante (véase al efecto la Disp. Adic. 10.2.º LS), la cual presentará en el Registro de la Propiedad, donde al inscribirla se originará una modificación del contenido de las facultades dominicales del que instó la certificación (Disps. Adics. 10.1, 8.2 y 3 y 1 LS).

Pero esta atribución de aprovechamientos urbanísticos obliga a solicitar la licencia para edificar en el plazo fijado en el planeamiento o legislación aplicable, pues en otro caso se sancionará al incumplidor con una reducción del 50 por 100 de lo que le corresponde y, además, con la expropiación o con la sujeción al régimen de venta forzosa de los terrenos de que se trate (art. 18.1 LS).

A ese efecto, el órgano urbanístico actuante abrirá el oportuno expediente (art. 18.3 LS), que a través del certificado del Secretario de aquél se presentará en el Registro de la Propiedad para la práctica de la oportuna anotación (Disp. Adic. 10.1.3, 2 y 3.2 LS) y en cuyo expediente se dará audiencia al interesado (art. 18.3 LS).

Si en ese expediente se acordase la imposición de las sanciones antes indicadas, ello provocará, en todo caso, su inscripción en el Registro de la

Propiedad mediante una certificación análoga en requisitos a la antes dicha (Disp. Adic. 10.1.8, 2 y 3.1 LS). Y asimismo, si el interesado interpusiere recurso contencioso-administrativo contra esa resolución, podrá pedir la anotación de su interposición en el Registro de la Propiedad (Disp. Adic. 10.1.6 y 3.2 LS) correspondiente.

Estando en esta fase ante un patrimonio personalizado, titulado por el órgano actuante y constituido por los viales cedidos, las obras —con suministro— ejecutadas, etc.; distribuido en cuotas predeterminadas para todos y cada uno de los propietarios de los terrenos afectados y configurado en situación de copropiedad de carácter transitorio, la cual desaparecerá cuando en una u otra forma se adquiera por cada propietario la cuota que corresponda, produciéndose con ello en el Registro las oportunas segregaciones en ese patrimonio, seguidas de la agrupación de lo adquirido a la finca de que se trate. Será frecuente tanto el que las fincas involucradas estén necesitadas de adquirir todo o parte del aprovechamiento urbanístico indispensable para adquirir el valor del solar edificable, como el que les sobre todo o parte del aprovechamiento urbanístico, como ocurrirá de tenerse que ceder para viales el terreno de que se trate. Con ello surgen una serie de actuaciones negociables, con su correspondiente reflejo registral, independiente de la netamente administrativa, las cuales están recogidas en los artículos 44 a 56 de la Ley, todos ellos con el carácter de normas supletorias en defecto de regulación específica por las Comunidades Autónomas (Disp. Final 1.ª LS).

A los efectos registrales, nos bastará con indicar que se dispone por el artículo 56 de la Ley del Suelo: “No podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad acto o acuerdo alguno de transferencia de aprovechamiento urbanístico sin que se acredite, mediante la oportuna certificación expedida al efecto, su previa inscripción en el Registro de Transferencias de Aprovechamientos”.

Complementando esa disposición, se dice por la Disposición Adicional 10 anteriormente tratada que serán inscribibles en el Registro de la Propiedad:

“1.2. Las cesiones de terrenos con carácter obligatorio en los casos previstos por las leyes o como consecuencia de transferencias de aprovechamiento urbanístico”.

Añadiendo en el 1.5 que también lo serán “los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico”.

La forma documental de esas actuaciones será, a nuestro juicio, bien una escritura si la transferencia se realiza entre particulares, bien mediante certificación al efecto por el Secretario del órgano urbanístico actuante (Disp. Adic. 10.2 y art. 59.4 LS) cuando se trate de actos de cesión de

suelos para viales, etc., o la de aprovechamientos urbanísticos que se hagan por la Administración a los particulares.

Finalmente, el reflejo registral de ello será el de notas marginales si se tratare de transferencias o gravámenes de aprovechamientos urbanísticos (Disp. Adic. 10.3 LS), pues éstos, no lo olvidemos, son facultades ampliadoras de las titularidades sobre el inmueble. Nota cuyo contenido, según la disposición citada, será el suficiente para dar a conocer esta transferencia o gravamen; y así mismo el de que esa nota, pese al silencio de esta Ley, se cancelará cuando se solicite legalmente la inscripción del derecho a la edificación.

Respecto al otro grupo, o sea, los actos de cesiones o transmisiones de terrenos, la Ley que comentamos no es muy congruente con la vigente legislación hipotecaria.

La cesión o transmisión de terrenos lo será para viales u otras situaciones urbanísticas. Con ese acto, lo que hasta ese momento era de propiedad privada, pasa a ser de dominio y uso público del Ayuntamiento de que se trate; y ese pase provocará la desinmatriculación de la finca por pasar a ser bien no negociable, que se llevará a efecto mediante la oportuna nota marginal, según dispone el artículo 6.2 del Reglamento Hipotecario, y no por una inscripción como previene la Disposición Adicional 10.3.2.

Pero ¿habrá antinomia entre ambos preceptos? Entendemos que no, sino defectuoso acoplamiento de normas. La inscripción a que el precepto urbanístico se refiere será la que recoja la contrapartida de la cesión cuando ella consista en un exceso de aprovechamiento urbanístico, el cual será negociable por su titular con los que sean de las fincas restantes que estén deficitarias de esa facultad. En los otros casos procederá la nota marginal reglamentaria.

#### D) PARCELAS INEDIFICABLES QUE PUEDAN RESULTAR DE LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA O DE OTRA ACTIVIDAD

Si bien el artículo 16 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (de 13 de junio de 1986) dispone que los patrimonios municipales del suelo se regularán por su legislación específica, resulta que ésta —hoy la Ley que comentamos— no contiene ninguna normación sobre lo procedente respecto de las parcelas inedificables.

Parcelas inedificables que a los efectos urbanísticos serán todas aquellas cuya cabida no alcance la de la unidad mínima de edificación que se señale en el planeamiento urbanístico de que se trate.

Y estas parcelas pueden surgir de muy diversas causas; incluso les

pueden ser impuestas al organismo expropiante con motivo de la adquisición de los terrenos para viales, etc.

En efecto, dice el artículo 23 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 que “cuando la expropiación implique sólo la necesidad de ocupación de una parte de la finca rústica o urbana, de tal modo que a consecuencia de aquélla resulte antieconómica para el propietario (y esto, hemos de tenerlo en cuenta, se dará cuando la parte de finca no expropiada sea inedificable) la conservación de la parte de la finca no expropiada, podrá éste solicitar de la Administración que dicha expropiación comprenda la totalidad de la finca, debiendo decidirse sobre ello en el plazo de diez días. Dicha resolución es susceptible del recurso de alzada previsto en el artículo anterior y no se dará el recurso contencioso-administrativo, estándose a lo dispuesto en el artículo 46 (inclusión en el justiprecio de los daños que esto ocasione)”.

En este supuesto, así como por otras circunstancias existentes con anterioridad al planeamiento urbanístico, podrá surgir esta parcela inedificable, que ha de hacerse desaparecer para la plena efectividad de aquel planeamiento.

Cuando el titular de esa parcela sea el municipio, pese a lo dicho en el artículo 16 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales antes citado, de regirse por la legislación del suelo habrá de estarse a esa norma y no a la citada legislación del suelo, pues en ella no se tiene un encuadre y normación al efecto como en aquélla.

Conforme a esta legislación municipal, las parcelas sobrantes son aquellas porciones de terrenos propiedad de las entidades locales que por su reducida extensión, forma irregular o emplazamiento no fueren susceptibles de uso adecuado (art. 7 Reglamento de Bienes de las Entidades Locales). Parcelas que “serán enajenadas por venta directa al propietario o propietarios colindantes o permutadas con terrenos de los mismos”; bien entendido que “si fueran varios los propietarios colindantes la venta o permuta se hará de forma que las parcelas resultantes se ajusten al más racional criterio del suelo, según dictamen técnico”; pero “si algún propietario se negara a adquirir la parcela que le correspondiere, la Corporación podrá expropiarle su terreno” (art. 115 Reglamento de Bienes de las Entidades Locales) para cumplir así aquella finalidad.

## DERECHO A EDIFICAR

Dice el subapartado c) del Título IV de la Exposición de Motivos de la Ley de que tratamos: “El derecho a edificar se concreta en la facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico correspondiente cuando

éste no ha sido sustituido por su equivalente económico. Se adquiere por la obtención de la licencia de obra, ajustada a la ordenación en vigor, y se pierde en cualquier supuesto de caducidad de aquélla por no iniciar las obras, interrumpirlas por período superior al autorizado o no terminarlas en plazo". Con lo que tenemos una afortunada síntesis de lo que se comprende en esta etapa constructiva.

E insistiendo en la idea básica de ese párrafo, dice el artículo 20 de la misma: "El otorgamiento de la licencia determinará la adquisición del derecho a edificar, siempre que el proyecto presentado fuera conforme con la ordenación urbanística aplicable".

No interesan los demás preceptos de este apartado a los efectos registrales.

Sólo lo serán dos cuestiones, de las cuales la inscripción de la obra nueva en construcción será tratada en la etapa siguiente en el derecho a la edificación, en la que, repetimos, la trataremos. Y otra, derivada de las actuaciones de la Administración, sancionando las actuaciones improcedentes de los interesados en orden a sus obligaciones urbanísticas derivadas de la petición de licencia.

Esta última se materializa en la Disposición Adicional 10.1, que declara la constancia en el Registro de la Propiedad, entre otras: "6. La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de... ejecución... de licencias". Lo cual se reflejará en el Registro mediante una anotación preventiva, con un plazo de vigencia de cuatro años, dice la misma en el subapartado 3.2, prorrogable, y cuya prórroga, al no indicarse nada y dado que es una anotación ordenada por una autoridad judicial, será "hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación preventiva y su prórroga hubiere sido decretada", según dice el artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario.

## EL DERECHO A LA EDIFICACION

La exigencia básica en esta etapa se recoge en el apartado 1 del artículo 25 de la Ley del Suelo, por el que se dice: "La edificación concluida al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística queda incorporada al patrimonio de su titular". Pero la Ley considera y regula varias modalidades en esa situación constructiva: 1.º Obra terminada en virtud de licencia correcta. 2.º Obra en construcción en virtud de licencia de esa misma característica. 3.º Edificación realizada sin licencia o sin atenerse a sus condicionamientos. 4.º Edificación realizada

al amparo de licencia que se declaró ilegal después de concedida. 5.º Edificación realizada en virtud de licencia correcta, pero excediéndose de los aprovechamientos urbanísticos a que tenga derecho su titular. 6.º Caducidad de la licencia. 7.º Responsabilidad de la Administración en algunos supuestos.

#### 1.º OBRA TERMINADA EN VIRTUD DE LICENCIA CORRECTA

Dice a este respecto el artículo 25.2 de la Ley que “los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado”. “Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras.

Con ello vemos que de los cuatro modos de solicitar la inscripción de obra nueva que consideraba la legislación hipotecaria, como dijimos en la pregunta sobre las manifestaciones escriturarias de consignar la existencia de edificaciones, sólo ha subsistido una: la de resultar acreditada la edificación por el técnico competente, que lo es en la actualidad el Arquitecto correspondiente.

Lo dicho nos sugiere la pregunta de si en las viviendas de protección oficial —viviendas sociales— aquellos documentos podrían ser sustituidos por la cédula de calificación definitiva y el certificado de conformidad de ella con la provisional. Pero siendo cuestión susceptible de varias soluciones, incluso todas ellas dentro del espíritu de la normación establecida por la presente Ley, omitimos opinar sobre ella, a la espera del Texto Refundido.

Los restantes requisitos de finca, derecho, capacidad subjetiva y objetiva subsisten conforme a lo que se dispone desde antes en la legislación hipotecaria.

#### 2.º OBRA EN CONSTRUCCIÓN EN VIRTUD DE LICENCIA CORRECTA

Esto es una novedad legislativa de la que estábamos muy necesitados, pues la excesiva libertad en la admisión de las declaraciones sin ninguna garantía nos ha llevado a tantas situaciones de ejecuciones hipotecarias sobre pisos o viviendas que no tenían más existencia que la declaración del interesado, que nos resulta increíble el que no se haya acudido con rapidez a remediar ese defecto, generalmente con connotaciones de fraude.

Se continúa diciendo por el referido apartado 2.º del artículo 25 de la Ley del Suelo: “Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso el propietario deberá hacer constar la terminación en el plazo de tres meses a partir de ésta mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras”.

El defecto de la anterior legislación creemos que ha desaparecido en la presente. De una parte, difícilmente podrá certificarse “que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto si aquélla no está ejecutada, al menos en estructura, y de otra, ese escaso tiempo concedido para declararla de tres meses a partir del plazo dado para finalizarla al conceder la licencia (art. 23) para terminarla, obligará técnicamente, por regla casi general, a que el edificio se halle en un avanzado estado de construcción.

El artículo transcrito es claro en cuanto a los documentos necesarios para la declaración de la obra y para la de su ultimación. De él también resulta que el asiento registral en el que se recojan esas declaraciones será uno de inscripción, en tanto que la terminación de la obra declarada como en construcción se reflejará en el Registro mediante una nota marginal, pues además de que éste es el asiento genérico determinado por esta Ley para cuando no se exija otro concreto (Disp. Adic. 10.3.3 LS), es también el exigido por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria para hacer constar la consumación de un derecho inscrito.

### 3.º EDIFICACIONES REALIZADAS SIN LICENCIA O SIN ATENERSE A SUS CONDICIONAMIENTOS

Esta actuación motivará pocas actuaciones en el orden registral, si bien muy fundamentales.

La sanción por las faltas de que tratamos es la “demolición sin indemnización, previa la instrucción del preceptivo expediente” (art. 26.1 LS), expediente cuya iniciación se anotará en el Registro de la Propiedad a la vista de la certificación del Secretario del órgano urbanístico (Disp. Adic. 10.1.3, 2 y 3.2 LS).

Si previamente a la iniciación de este expediente se hubiese inscrito una obra nueva en construcción, al margen de ella deberá ponerse nota de referencia a la anotación antes expresada, dado que le afecta directamente.

Hemos de indicar que no intuimos cómo pudo hacerse esta inscripción al faltar la licencia y el certificado expresado en el apartado anterior.

Si el expediente diese un resultado favorable al interesado, el órgano actuante ordenará la cancelación de la anotación referida.

Si en la resolución del expediente fuere sancionadora esa demolición que se determina como contenido de la sanción, no es procedente, en todo caso, según el período en que la obra se encuentre. Así, si aún no hubiere transcurrido el plazo fijado para el derecho a edificar con el correspondiente planeamiento o legislación urbanística aplicable, se le permite al interesado evitar aquella demolición, bien solicitando la licencia que se omite o bien ajustando “las obras a la concedida” licencia (art. 26.2 LS). Y si hubiere transcurrido dicho plazo, la sanción indicadora irá seguida de la expropiación del terreno o de su venta forzosa (art. 26.3 LS), bien entendido que ello dará lugar a que a la vez que se lleven a efecto alguna de esas enajenaciones, se cancele la anotación del expediente que la motivó.

En todo caso el interesado podrá recurrir ante el Tribunal Contencioso-Administrativo, cuya interposición se reflejará registralmente mediante una anotación y cuya sentencia favorable al titular que lo interpuso e intervino en él se inscribirá en el folio de la finca a que se concrete la últimamente expresada (Disp. Adic. 10.1.6 y 7.2 y 3.1 y 2 LS).

#### 4.º EDIFICACIÓN REALIZADA AL AMPARO DE LICENCIA DECLARADA DESPUÉS ILEGAL

De nuevo vuelve a sorprendernos esta Ley, que comentamos en parte.

Se plantea el supuesto de que la edificación ya realizada lo haya sido al amparo de una licencia, válida en apariencia, cuando la concedió el órgano urbanístico correspondiente, y que es “declarada ilegal” después por contravenir la ordenación urbanística aplicable.

Las sanciones administrativas son variadas, pero todas contra el titular de la finca, o sea, el particular (art. 27 LS).

La civil es la de esa anómala declaración de “no quedar incorporado al patrimonio del titular del suelo la edificación realizada”, situación jurídica que antes hemos criticado (art. 27 LS).

Y la que podíamos denominar sanción registral, consistente en que “la resolución administrativa o judicial que contenga dicha declaración se notificará al Registro de la Propiedad para su debida constancia” (art. 27.1 LS), que se reflejará en él a través de una inscripción (Disp. Adic. 10.1.7 y 3.1 LS), que cancelará, en cierto modo, la declaración de obra nueva que ya debe figurar en el folio registral; en su caso se anotará el

recurso contencioso-administrativo (¿también si la resolución hubiera sido judicial?) interpuesto contra esa declaración de ilegalidad (Disp. Adic. 10.1.6 y 3.2 LS).

Pese a que sea posible salvar esa declaración de nulidad y sus efectos, en los casos y en la forma que determina el inciso final del apartado 3.º del artículo 27 de esta Ley, no por ello deja de existir una sanción; pero una sanción contra el particular que no pudo intervenir en el otorgamiento de esa licencia ilícita salvo connivencia fraudulenta con el funcionario que la otorgó, lo cual, no por ello, exime a éste de su responsabilidad. ¿Por qué se sanciona al particular no interviniente y no al funcionario que dio lugar a la ilicitud? Quizá la idea del redactor del precepto fue otra, pero lo que nosotros hemos de aplicar es la Ley publicada en el *Boletín* e interpretarla, en primer lugar, en su sentido literal y directo. Recordemos sólo lo que dice el artículo 21 en relación con esta cuestión de que hablaremos en el apartado 7.º.

#### 5.º EDIFICACIÓN EXTRALIMITADA RESPECTO A LO QUE SE CONCEDIÓ

A esta falta se le da menos importancia. Dice el artículo 28: “1. Si la edificación materializada y amparada en licencia fuera conforme con la ordenación urbanística, pero excediera de la correspondiente al aprovechamiento urbanístico a que tiene derecho su titular y no hubiera transcurrido desde su terminación el plazo fijado para la adaptación de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, el titular o sus causahabientes deberán abonar a la Administración el valor urbanístico de dicho exceso”.

Por excepción, esta legislación reconoce la posible existencia de tercero registral y las consecuencias de esa situación, pues añade ese precepto: “2. Sólo quedarán excluidos de la obligación establecida en el número anterior los terceros adquirentes de buena fe amparados por la protección registral, sin perjuicio de que en estos casos la Administración pueda reclamar el pago al propietario inicial de la edificación u otras personas que le hayan sucedido”.

#### 6.º CADUCIDAD DE LA LICENCIA Y OTRAS ACTUACIONES

La Ley de que tratamos recoge bastantes supuestos de caducidad, con sanciones distintas según los casos.

Respecto al derecho a urbanizar cuando la ejecución lo sea por un sistema de gestión privada, si no se realizaren los deberes de cesión y de

equidistribución en los plazos establecidos, dispone que se extinguirá la autorización para esa gestión privada mediante resolución que declare ese incumplimiento en expediente dictado previa audiencia del interesado (art. 14 LS). Resolución que, como todo acto administrativo, será recurrible en un contencioso-administrativo.

Refiriéndose al derecho al aprovechamiento urbanístico, el cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización habrá de hacerse en los plazos que se hayan determinados o, en su defecto, en el de cuatro años, a contar de la aprobación del planeamiento (art. 15.1 y 2 LS).

El incumplimiento de esa obligación se sanciona con una minoración del derecho del particular, lo cual se determinará mediante resolución administrativa al efecto, que será dictada previa audiencia del interesado (art. 18.1 y 3 LS). Con la misma posibilidad de interponer el contencioso-administrativo contra esa resolución.

En el derecho a edificar también se da esta posible situación de caducidad. Y así, se dice por el artículo 23:

“1. El acto de otorgamiento de la licencia fijará los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras, de conformidad, en su caso, con la normativa aplicable.

2. El derecho a edificar se extingue por incumplimiento de los plazos fijados mediante su declaración formal en expediente tramitado con audiencia del interesado”. Con la misma posibilidad del recurso contencioso-administrativo antes dicha.

En este caso la sanción puede llegar a la expropiación o a la venta forzosa (art. 24 LS).

En el derecho a la edificación, como es lógico, no se da caducidad alguna. Este surge una vez concluida la edificación, limitándose a la formalización notarial y registral de la obra terminada correctamente y en el plazo para ello.

En el orden registral se aplicarán a todos los supuestos de que hemos tratado las siguientes circunstancias y requisitos (según la norma de la Disp. Adic. 10):

a) Serán inscribibles las sentencias firmes dictadas en los recursos contencioso-administrativos.

b) Serán anotables la incoación de expedientes sobre disciplina urbanística y la interposición del recurso contencioso-administrativo y la declaración en aquel expediente de ser improcedente la sanción.

c) Fuera de los supuestos en los que por la legislación propia (procedimientos contencioso-administrativos) se determine una forma de acreditar registralmente la decisión registrable, éste procederá a la vista de una

certificación administrativa expedida por el Secretario del órgano urbanístico actuante, en la que se haya hecho constar, en la forma exigida por la legislación hipotecaria, las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo.

#### 7.º RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN ORDEN A LA LICENCIA

Finalmente, al tratar de las licencias declaradas ilegales con posterioridad a su efectividad criticamos la falta de sanciones para los funcionarios que dieron ocasión a la ilicitud de esa licencia de que allí tratamos.

Ahora nos limitaremos por ello a la transcripción del precepto, dado que en él no existen derivaciones hipotecarias.

“Artículo 21. En los supuestos de anulación de licencia, demora injustificada en su otorgamiento o denegación improcedente, los perjudicados podrán reclamar de la administración actuante el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, en los casos y con la concurrencia de los requisitos establecidos en las normas que regulan con carácter general dicha responsabilidad. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado”.

#### INSCRIPCION DE EDIFICACIONES ANTERIORES A LA NUEVA NORMACION QUE NO ESTEN INSCRITAS

La cuestión queda reducida al análisis de la retroactividad o no de esta Ley.

“Las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”, dice el artículo 2.3.º del Código. Pero es que, además, en cuanto a la presente Ley, su redactor había de tener en cuenta que, según el apartado b) del artículo 83 de la Constitución, las leyes de bases no podrán en ningún caso “facultar para dictar normas con carácter retroactivo”, lo cual ha sido cumplido por el redactor de la Ley que analizamos, pero no estatuye nada sobre retroactividad. Es más, presupone la no retroactividad, en cualquiera de sus modalidades, en el apartado IX de la Exposición de Motivos e, incluso, entiende que alguna de sus normas han de demorarse en su virtualidad hasta que se den en el futuro presupuestos necesarios para ello, o sea, que respeta las derivaciones futuras de derechos adquiridos, e incluso iniciados en su ejecución, con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley.

Podría decirse que si prosperara nuestra tesis antes expuesta de que “sí ha de tenerse por publicada” la Disposición Transitoria 8.<sup>a</sup>, nos encontraríamos con una norma de carácter retroactivo. Y aún admitiéndola, lo que no creemos sea posible, tendríamos que preguntarnos si esa disposición constituiría un supuesto de excepción, por el cual sólo quedarían excluidas de la exigencia de acreditarse la obtención de la licencia y expedición de la certificación del artículo 25.2, necesaria para que Notarios y Registradores pudieran autorizar e inscribir, respectivamente, las escrituras de declaración de obra nueva a sólo las edificaciones finalizadas, al menos, cuatro años antes de la entrada en vigor de la Ley, con lo que las de inferior fecha requerirían esa licencia (arts. 10 y sigs. LS actual), la cual, no lo olvidemos, tendría que haber obtenido “antes” de iniciar las obras, o sea, cuando las licencias para edificar tenían distintas exigencias.

Toda la jurisprudencia se opondría a ello, pero nos bastará en este caso con acudir a la antes citada Exposición de Motivos, que con gran lógica sostiene que “no todos los preceptos legales podrán tener virtualidad inmediata, sino que ésta queda demorada hasta que el planeamiento incorpore las nuevas determinaciones sobre los aprovechamientos-tipo y el programa de actuación se acomode a las exigencias legales”, añadiendo después que las nuevas disposiciones se incorporarán gradualmente y sin trauma.

Es cierto que las Exposiciones de Motivos no tienen vigor legal ni lo que hemos transcrito está respaldado por alguna norma de esa Ley. Pero entendemos que esa disposición no se limita aplicar a esta cuestión de la retroactividad los principios de derecho y la doctrina aplicable sobre ella a este supuesto que analizamos.

Así se dijo por la Sentencia de 22 de enero de 1849 que las leyes no tienen efecto retroactivo si por circunstancias especiales no lo previenen expresamente, ni han de ponerse en contradicción consigo mismas o contra su espíritu dominante, pudiendo aplicarse sus disposiciones “sin destruir derechos existentes”. Y por las Sentencias de 2 de julio de 1873, 25 de marzo de 1915 y 29 de septiembre de 1955, expresivas de que toda interpretación o inteligencia que conduzca el absurdo debe rechazarse. Todo ello lo recoge la Disposición Transitoria 6.<sup>a</sup>, expresiva de que las edificaciones existentes a la entrada en vigor de esta Ley, situadas en suelos urbanos o urbanizables, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística, “se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular”.

A la vista de lo expuesto, los edificios terminados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrían obtener la inscripción de su declaración de obra nueva en la forma y con los requisitos vigentes hasta esa fecha, como pasamos a exponer.

Tanto el artículo 208 de la Ley Hipotecaria como el 308 de su Regla-

mento consideran cuatro formas fundamentales como idóneas para tener acceso al Registro las declaraciones de obra nueva (o nuevas plantaciones o mejoras en las urbanas). Estiman como tales: 1.<sup>a</sup> La modificación de la descripción de la finca mediante otra descripción de ella en la que se recoja la nueva edificación realizada con ocasión de otorgarse un negocio jurídico que vaya a afectar a la finca de que se trate. 2.<sup>a</sup> Esa misma modificación, pero recogida en una estructura pública que no tenga más que ese objeto y en la vez que a la vez que el titular de la finca comparezca el contratista de la obra manifestando que ha sido reintegrado el importe de la construcción. 3.<sup>a</sup> La escritura pública con ese mismo contenido y finalidad, en la que comparece sólo el titular registral declarante de la obra y a cuya copia se acompañe, para su inscripción en el Registro, certificado del Arquitecto director de la obra o del municipal que acredite que la construcción esta comenzada o concluida; y 4.<sup>a</sup> Según el Reglamento Hipotecario, una escritura pública en la que sólo se recoja la edificación o mejora realizada, sin ninguna otra comparecencia ni acompañamiento de certificación alguna, en actuación que parece una extralimitación del Reglamento respecto a la Ley, pero que lo es sólo en apariencia dado que ello está implícito en la finalidad misma de la Ley, tendente siempre a la acomodación del contenido del Registro con la realidad física extrarregistral.

Todo ello, insistimos, será aplicable solamente a las edificaciones terminadas antes de la presente normación, por lo que si esa circunstancia no resultare de los datos obrantes en el documento o en la certificación habrá de acreditarse en cualquier otra forma fehaciente.

Habiendo entrado ya en los supuestos de reflejo registral de las edificaciones y reconociendo la gran importancia de ello en el orden administrativo y en el de la realidad extrarregistral hemos de sentar que, por el contrario, en este orden, la importancia y la eficacia de ese hecho físico es bastante menor. La declaración registral de que se ha originado una edificación no puede compararse con la importancia, la dedicación y la cuidada normación que le da esa legislación a los derechos.

La jurisprudencia es reiteradísima en el sentido de que la inscripción no añade ninguna cualidad legal a las circunstancias físicas de las fincas. En el Registro, lo importante, lo protegido y lo protegible, lo eficaz contra terceros, son los derechos.

Pero esa circunstancia está variando con rapidez, concretamente en lo que nos interesa a los efectos de la presente Ley.

Así, al apreciar que el "objeto" de la inscripción, era una declaración jurídica de un dato físico de la finca, la protegió con la derivada del párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

Por ello el Supremo, en Sentencia de 20 de febrero de 1962, entendió que dada la forma en que los linderos se llevan al Registro, la protección

del adquirente de buena fe no puede ser absoluta o incondicionada, tal como los libros las refieran, salvo cuando se trate de negocios jurídicos de deslindes o de manifestaciones unilaterales realizadas por el propietario que deba ser perjudicado por ellas (parece que está aplicando la doctrina sobre los actos propios).

De esa situación de ampliar en parte la presunción de veracidad del Registro a los datos físicos que sean el objeto de un negocio jurídico, pasó a admitir cierta eficacia contra terceros de los linderos, o sea, circunstancia física de los asientos, al decir en la Sentencia de 26 de septiembre de 1970 que ha de prevalecer el lindero registral de fecha muy anterior al posterior catastral fijado sin la intervención de las partes interesadas.

Siguiendo esta tónica en orden progresivo, tendremos que afirmar que también tendrá eficacia contra tercero el lindero registral cuando se base en certificaciones expedidas por profesionales con competencia para ello, como hemos expuesto en el caso 3.º de inscripciones de obra nueva.

Con ello hemos llegado a la situación actual derivada del contenido de la nueva Ley del Suelo. En esta Ley, los linderos, así como las demás circunstancias físicas de los edificios, en orden de la construcción, se basan en datos legales, con presunción *iuris tantum* de veracidad.

La declaración de obra nueva terminada no es ya algo debido a la simple manifestación del interesado. Esta declaración se basa en una licencia de edificación, documento fehaciente a ese respecto, acompañado de otro, también fehaciente, la certificación del técnico competente no sólo de la finalización de la obra, sino de que ello lo es conforme al proyecto aprobado (art. 25.2 LS), originándose con el mismo la correspondiente inscripción.

Y la declaración registral de esa situación es eficaz contra todos, en presunción, insistimos, *iuris tantum*, dado que su desvirtuación, si bien posible, está rodeada de unas exigencias administrativas o judiciales que no sólo pueden determinar la declaración de nulidad de la edificación, sino que se deberán “notificar” al Registro de la Propiedad para su debida constancia (arts. 27.1, y Disp. Adic. 10.1, y 1 LS). Ello no obsta a que pueda interponerse contra esa decisión, el correspondiente recurso contencioso-administrativo, interposición que originará una anotación en el Registro (Disp. Adic. 10.1, 6 y 3.2 LS), cuya sentencia firme en su día se inscribirá en el Registro cuando declare la anulación de la licencia si en el mismo expediente y refiriéndose a edificación determinada, ha participado en el procedimiento el titular registral (Disp. Adic. 10.1.7 y 3.1 LS).

## REPARCELACIONES

Las reparcelaciones, o agrupación de las diversas parcelas comprendidas en una zona a urbanizar, para que previa deducción de los viales, realización de obras, etc., vuelvan a distribuirse el resto del terreno entre los antiguos parcelistas, en atención proporcional al terreno que aportaron, pero ya con el carácter de solar edificable (art. 97 Ley 1976), se regularon por la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 y por el Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, a lo que han venido a añadirse las reformas llevadas a cabo por la presente Ley, en especial las de la parte hipotecaria, casi sustituidas hoy por el número 4 de la Disposición Adicional 10, así como por sus artículos 14, 17, 40.2 y 4, 47 y 59, entre otros.

Debiendo tenerse en cuenta como cuestión general que, fuera de los casos especiales en que así se indique, en los demás las operaciones registrales se llevarán a efecto en virtud de certificación administrativa expedida por el Secretario del órgano urbanístico actuante, en las que se hará constar, en la forma determinada por la legislación hipotecaria, las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo (Disp. Adic. 10.2 LS).

A nuestros efectos hipotecarios, se inicia el expediente de reparcelación al recabarse de oficio por el órgano urbanístico actuante del Registro de la Propiedad correspondiente certificación de titularidad y cargas de todas las fincas incluidas en una unidad de reparcelación (art. 102 RGU).

La expedición de esa certificación con ese fin provocará que el Registrador, a la vez que la expida, extienda al margen de la última inscripción de dominio de cada una de las fincas certificadas una nota marginal expresiva de la fecha de iniciación del expediente de reparcelación, así como de cuál sea el organismo o Junta actuante. Nota marginal que tendrá una duración de tres años, prorrogables por otros tres a instancia del que solicitó la certificación (art. 102 RGU y Disp. Adic. 10.4.2 LS). Y cuyos efectos serán el que los interesados en las fincas involucradas que hagan constar su derecho en el Registro con posterioridad a la misma no tendrán que ser citados en el expediente, aunque si éstos se personaren en él se sigan con ellos las sucesivas actuaciones (art. 102 RGU).

Además de esta publicidad, la iniciación del expediente origina, sin necesidad de declaración expresa, la suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas, hasta que sea firme el acuerdo probatorio de la reparcelación, con resarcimiento de daños para los peticionarios anteriores pendientes de edificar (art. 104 RGU).

En el expediente iniciado se aportarán los títulos y las declaraciones jurídicas de los propietarios y titulares de derechos, prevaleciendo la reali-

dad sobre los títulos en caso de disconformidad, salvo que lo sea en la titularidad misma de los derechos, la cual habrá de ser resuelta por los Tribunales. Excepcionalmente, las discordancias en los linderos podrán resolverse por los interesados en el propio expediente o, en defecto de esa conformidad, se resolverán en otra forma fehaciente (art. 103 RGU).

Firme en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de la reparcelación, dice el artículo 113 del Reglamento de Gestión Urbanística, el organismo que lo hubiere adoptado lo notificará a todos los interesados y procederá a otorgar la escritura pública o a expedir la certificación administrativa que antes dijimos, con los siguientes contenidos:

a) Descripción de las propiedades antiguas, según los títulos aportados, con las correcciones procedentes y en defecto de títulos según planos. Se expresarán las cargas y gravámenes, condiciones, sustituciones y demás derechos que las afecten; el respectivo propietario, si fuere conocido; la cuantía de su derecho en la reparcelación, y el criterio utilizado para definirlo y cuantificarlo.

Cuando participen en la reparcelación propietarios de suelo exterior al polígono, se describirán también las fincas que les fueron ocupadas.

b) Descripción de las fincas resultantes, incluyendo, en su caso, las que correspondan a la administración adjudicataria del 10 por 100 del aprovechamiento medio, titulares a quienes se adjudiquen y concepto en que lo fueren.

Se expresará respecto a cada finca la antigua a que corresponda o el derecho que da lugar a la adjudicación, así como las cargas y gravámenes, condiciones, sustituciones y demás derechos que las afecten por no ser incompatibles con el planeamiento.

c) Localización de los terrenos de cesión obligatoria y de las reservas que establezca el plan.

d) Cuantía del saldo de la cuenta de liquidación provisional con que queda gravada cada una de las fincas adjudicadas.

El título que se otorgue será inscrito en el Registro de la Propiedad, y él será suficiente para la modificación de las entidades hipotecarias, rectificación registral de descripciones de fincas, inmatriculaciones de éstas o de excesos de cabida, reanudación del tracto y cancelación de los derechos reales incompatibles en la forma que reglamentariamente se determine (art. 113 RGU y Disp. Adic. 10.3.5 LS).

Puede ocurrir que llegado incluso a este estado el expediente, éste no se continuase, por una u otra causa, en los plazos establecidos al efecto, en cuyo caso se extinguirá esta gestión privada en virtud de resolución dictada previa audiencia del interesado (art. 14 LS).

En estos casos deberá garantizarse a los propietarios no responsables

del incumplimiento los derechos vinculados a la ejecución del planteamiento o la valoración urbanística establecida en esta Ley para los supuestos de expropiación con sistema de actuación (art. 40.2 LS).

No dándose este supuesto, se realizarán las siguientes operaciones registrales, según dice la Disposición Adicional 10.4.4:

“4. Tomada la nota a que se refiere el número 1 (la de expedición de la certificación), se producirán los siguientes efectos:

a) Si el título adjudicare la finca resultante al titular registral de la finca originaria, la inscripción se practicará a favor de éste.

b) Si el título atribuyere la finca resultante al titular registral de la finca originaria, según el contenido de la certificación que motivó la práctica de la nota, la inscripción se practicará en favor de dicho titular y se cancelarán simultáneamente las inscripciones de dominio o de derechos reales sobre la finca originaria que se hubieren practicado con posterioridad a la fecha de la nota.

c) En el caso a que se refiere la letra anterior, se hará constar al margen de la inscripción o inscripciones de las fincas de resultado la existencia de los asientos posteriores que han sido objeto de cancelación, el título que los motivó y su respectiva fecha.

d) Para la práctica de la inscripción de la finca o fincas de resultado a favor de los adquirentes de la finca originaria bastará la presentación del título que motivó la práctica de asientos cancelados posteriores a la nota, con la rectificación que corresponda y en la que se haga constar las circunstancias y descripción de la finca o fincas resultantes del proyecto, así como el consentimiento para tal rectificación del titular registral y de los titulares de los derechos cancelados conforme al apartado b). Mientras no se lleve a cabo la expresada rectificación no podrá practicarse ningún asiento sobre las fincas objeto de la nota marginal a que se refiere la nota c).

Finalmente, “la inscripción de los títulos de reparcelación o compensación podrá llevarse a cabo, bien mediante la cancelación directa de las inscripciones y demás asientos vigentes de las fincas originarias, con referencia al folio registral de las fincas resultantes del proyecto, bien mediante agrupación previa de la totalidad de la superficie comprendida en el polígono o unidad de actuación y su división en todas y cada una de las fincas resultantes de las operaciones de reparcelación o compensación” (Disp. Adic. 10.4.3 LS).

Y aun cuando parezca que siguen subsistentes para estas últimas actuaciones los artículos 114 y 115 del Reglamento de Gestión Urbanística, la frase final del párrafo 5.º del número 4 de la Disposición Adicional 10 provoca fundadas dudas sobre si quedan sometidos desde ahora esos

preceptos a lo que “reglamentariamente se determine” al desarrollar hipotecariamente las normas transcritas por la reforma del Reglamento Hipotecario en esta materia, que ordena el párrafo 6.º de esa Disposición Adicional.

## TANTEOS Y RETRACTOS LEGALES URBANISTICOS

Terminamos la presente tratando de otra serie de preceptos cuyo contenido ha de calificarse como anómalo y poco congruente con bastantes otros de nuestro ordenamiento jurídico, lo cual llevaremos a efecto en ésta y la siguiente pregunta.

La Exposición de Motivos de esta Ley (apdo. VII, párr. 1.º) ya afirma: “Que sin el respaldo que les proporciona esta Ley —se está refiriendo a los preceptos sobre los tanteos y retractos que se recogen en la misma—, su utilización no sería viable ni siquiera jurídicamente”.

Curiosa significación: ese “ni siquiera” es revelador en grado sumo. Siempre hemos entendido que las Leyes son lo primordial, y su falta hace decaer los aspectos económicos, técnicos u otros que pudieran afectar a situaciones reales. Las Leyes amparan las derivaciones económicas o de otro orden de una situación contemplada; pero ésta, por sí sola, no crea una Ley al efecto.

La importancia primordial y absoluta de la Ley en esta materia de los retractos legales se pone más de relieve si consideramos que ellos son verdaderas expropiaciones forzosas por causas de utilidad o interés, generalmente social. Su regulación legal la hace indispensable el artículo 33.3 de la Constitución, al afirmar que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes”.

Es, pues, necesaria una Ley que regule esta excepcional facultad. Y al profundizar esta cuestión en relación con los tres capítulos del Título V de la Ley del Suelo que comentaremos, volvemos a tropezar con una situación legal oscura, vaga y de difícil realización.

Los artículos 90-97 inclusive, que se comprenden en el título citado, los califica la Disposición Final 1.3 como derecho supletorio, “en defecto de regulación específica por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias”. Pero ello lo desvirtúa el artículo 90 al exigir como condición determinante para la viabilidad de estas normas legales el que “los Ayuntamientos”, no las Comunidades Autónomas, delimiten las “áreas en las que las transmisiones onerosas de terrenos quedan sujetas al ejercicio” de estos derechos. Y así mismo, cuando en el mismo precepto deja a la

decisión de “los Ayuntamientos” lo referente a cuáles fincas darán ocasión de aplicar estos derechos al ser enajenadas.

Así pues, ¿ante qué clase de Ley estamos? ¿Ante una Ley supletoria de la falta de normación al efecto en ésta o aquella Comunidad Autónoma? Parece que no, pues del articulado parece desprenderse que estamos ante normas plenas cuya eficacia sólo está pendiente del cumplimiento de decisiones generales de uno u otro Ayuntamiento; decisión que así tendrá cierto rango legal, creándose con ello un nuevo órgano legislativo además de los reconocidos por la Constitución, como el Estado y las Comunidades Autónomas.

El artículo 150 de la Constitución prevé la posible Ley de Bases de las normas comunitarias cedidas por el Estado. Pero los preceptos que venimos analizando no se refieren nunca a Comunidades Autónomas ni a su desarrollo por éstas, sólo contempla a Ayuntamientos, y ello pese a que el artículo 148 de la citada Constitución considera que esas Comunidades podrán asumir competencias en: “3. Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”. Los preceptos, insistimos, parecen concebidos para que su entrada en vigencia dependa sólo de una decisión municipal.

Seguimos así con la incertidumbre sobre cuál organismo público proporciona ese respaldo legal, que según la Exposición de Motivos es indispensable para la viabilidad de las normas referentes a los tanteos y retratos legales creados por esta Ley.

Si del fundamento de la eficacia de la Ley en atención al órgano emisor pasamos al aspecto económico, pues el tanteo o el retrato exigen ineludibles desembolsos económicos al ejercitarlos, nos bastará con transcribir de nuevo la Exposición de Motivos cuando dice (apdo. VII, párr. 1.º) “que su empleo efectivo depende en gran medida de las disponibilidades de recursos de las entidades llamadas a ejercerlos”.

Y si, finalmente, pasamos a su desarrollo registral básico, veremos, al estudiar los requisitos al efecto, que el contenido de varios de ellos parece suponer una falta de adecuación con el actual contenido y funcionamiento de los Registros de la Propiedad.

Sigamos los varios estudios necesarios para el posible ejercicio de estos derechos, con consideración especial respecto al de las “viviendas de protección pública”.

## 1.º ÁREAS DE APLICACIÓN DE ESTOS DERECHOS DE PREFERENTE ADQUISICIÓN

La determinación de ellos es el acto inicial de la vigencia de esos derechos.

Dice la Ley (art. 90.1 LS) que los Ayuntamientos podrán delimitar áreas en la que las transmisiones onerosas de terrenos quedarán sujetas al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por la "corporación respectiva". Pero seguidamente (art. 91 LS) añade que la delimitación de dichas áreas podría efectuarse "en el propio planeamiento general, en la revisión de su programa de actuación o mediante el procedimiento o delimitación de unidades de ejecución del planeamiento"; y a esta última norma legal se remite el artículo 96.3 de la Ley al determinar las áreas de aplicación de esos derechos respecto de las enajenaciones onerosas de viviendas de protección pública. La norma concreta, no lo olvidemos, hay que afirmar que es de aplicación preferente a la genérica. Es de notar que entre la documentación específica relativa a la delimitación de la zona deberá figurar una relación de bienes afectados y de sus propietarios, y será preceptiva la notificación a éstos previa a la apertura del trámite de información pública (art. 91.2 LS), exigencia de extraordinaria dificultad práctica hasta que se unifiquen Catastro y Registro.

## 2.º ÁMBITO NEGOCIAL Y REAL DE ESOS DERECHOS

Los negocios jurídicos sometidos a tanteos o retractos son las "transmisiones onerosas" (arts. 90.1 y 96.1 LS). O sea, aquellos negocios jurídicos que operen una "transferencia del dominio real" a favor de otra persona, sin tener como causa de ella el ánimo de liberalidad que informa a las donaciones o sucesiones.

Pero dentro de ellos, el texto del artículo 92 de la Ley parece concretarlos a los negocios onerosos en los que exista "precio", teniéndose en cuenta que al tratarse de limitaciones a los derechos las interpretaciones de los preceptos han de ser restrictivas (SS. 11 marzo 1911 y 23 marzo 1857). Además, al tratar de esta cuestión respecto a las viviendas de protección pública, se habla de "venta" de las viviendas (art. 96 LS).

El ámbito objetivo ha de determinarse al delimitar las áreas de aplicación. Los posibles supuestos de él pueden ser muy varios. Los de terrenos sin edificar, tengan o no la condición de solares, lo serán en todo caso (art. 90 LS). Y por designación expresa al efecto, los terrenos con edificaciones que no agoten el aprovechamiento urbanístico, los con edificaciones en construcción o ruinosas, o disconformes con la ordenación aplicable (art. 90.2 LS); las viviendas en construcción adquiridas del promotor por el que realice la transmisión sujeto a tanteo o retracto (art. 90.3 LS); las construidas cuando la transmisión se proyecte antes de transcurrir un año desde la terminación del edificio (art. 90.3 LS); y si se tratare de área de rehabilitación podrá determinarse la aplicación de esos derechos a la transmisión

incluso de toda la finca edificada, total o parcialmente, en régimen o no de propiedad horizontal (art. 90.4 LS).

Si se tratase de viviendas de protección pública, la sujeción a esos derechos alcanzará a todas las enajenaciones primeras o ulteriores de ellas, cuyas ventas estén sujetas a precios máximos (art. 96.1 LS).

### 3.º CONSTANCIA REGISTRAL PREVIA

Dice textualmente la Ley: “A los efectos previstos en el artículo 95 de esta Ley (notificaciones obligatorias previas a la inscripción), los Ayuntamientos remitirán a los Registradores de la Propiedad correspondientes copia certificada de los planos que reflejen la delimitación y relación detallada de las calles o sectores comprendidas en aquellas áreas, y de los propietarios y bienes concretos afectados mediante traslado de copia del acuerdo de delimitación” (art. 91.3 LS).

Exigencia que reitera el artículo 96.3, *in fine*, de la Ley para el ejercicio de esos derechos respecto a las viviendas de protección pública.

La crítica sobre la dificultad de desarrollo de esos preceptos la hemos realizado en la anterior pregunta sobre cuestiones previas; pero aún hemos de completarla ahora.

Vemos con extrañeza que ha de mandarse al Registro “copia certificada de los planos”. ¿Para qué? Ni el Registro se lleva por planos ni en las inscripciones hay referencia a ninguna clase de ellos, ni en las escrituras, base de éstas, se recogen o acompañan éstos.

El legislador de la Ley que comentamos, quizá teniendo en mente las disposiciones legales sobre la concentración parcelaria de fincas rústicas, pensaría que con sólo los planos y los demás datos que se determinan en este precepto sería suficiente para la plena identificación de la finca que se vaya a retraer. Pero entendemos que se requieren bastantes más disposiciones para conseguir la plena identificación de la finca respecto de la cual se va a ejercer una privación de la titularidad recién adquirida.

La legislación sobre concentración parcelaria (Decreto 12 enero 1973) disponía al efecto (art. 190) que, publicado el Decreto de concentración, el Instituto realizaría los trabajos e investigaciones necesarias para determinar la situación jurídica de las parcelas comprendidas en el perímetro de la zona a concentrar. Y esta actuación es también la obligada para la identificación, en su caso, de los terrenos o edificios que quedan sometidos al ejercicio de estos derechos legales de preferente adquisición.

Esta actuación, que aquella otra legislación considera indispensable, no parece haber sido considerada en esta Ley del Suelo, máxime cuando los medios identificadores de los edificios lo son a los datos de orden

administrativo: el número de policía y la denominación de la calle respecto a los que ya dijimos que son alterados extrarregistralmente, sin reflejo, por tanto, en esa oficina, dándose lugar con ello a progresivos distanciamientos en ese extremo entre el Registro y la Administración.

Es más, la legislación sobre concentración parcelaria se preocupó de mantener la paridad conseguida mediante ella entre los dos organismos citados. Obligaba a que cualquier alteración física futura de la finca se reflejara en los planos existentes, tanto en el Catastro como en el Registro (art. 237).

Existía un cuidado y previsión sobre este fundamento extremo, que si bien no llegó a una perfección, sí superaba en mucho a la actual Ley del Suelo.

#### 4.º NOTIFICACIONES PREVIAS A LA INSCRIPCIÓN DE LA ENAJENACIÓN

En normas que se declaran aplicables indistintamente para ambas clases de derechos (arts. 92, 93 y 96 LS), se dispone que “los propietarios de bienes afectados por estas delimitaciones deberán notificar al Ayuntamiento la decisión de enajenarlas, con expresión del precio y forma de pago proyectados y restantes condiciones esenciales de la transmisión a efectos de posible ejercicio del derecho de tanteo durante un plazo de sesenta días naturales, a contar desde el siguiente al del que se haya producido la notificación”.

Como derivación de ello, se dice por la misma Ley que “el Ayuntamiento podrá ejercitar el derecho de retracto cuando no se le hubiere hecho la notificación prevenida en el artículo precedente, se omitiere en ella cualquiera de los requisitos exigidos o resultare inferior el precio efectivo de la transmisión onerosa, las restantes condiciones de ésta” o si, no dándose esa circunstancia, hubieren transcurrido cuatro meses desde la notificación para el tanteo.

Este derecho de retracto, que será preferente “a cualquier otro”, habrá de ejercitarse dentro de los sesenta días naturales, contados desde el siguiente al de la notificación de la transmisión efectuada, que el adquirente deberá hacer en todo caso al Ayuntamiento mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuera formalizada.

#### 5.º REQUISITOS PARA LA ENAJENACIÓN DE ESAS FINCAS Y DESTINO DE LO ADQUIRIDO

A este efecto, dice la Ley: “No podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad las transmisiones efectuadas sobre inmuebles incluidos en las

expresadas delimitaciones si no aparece acreditada la realización de las notificaciones antes indicadas”, siendo evidente que tampoco procederá esta exigencia cuando se trate de una transmisión no sujeta a esos derechos. Normación que es idéntica para ambas especies de fincas retraíbles (arts. 95 y 96.2 LS).

Tratándose de dos grupos de fincas sujetas a estas limitaciones, respecto a la primera se estima como destino de la finca adquirida por tanteo o retracto el de garantizar el cumplimiento del programa del planeamiento, incrementar el patrimonio municipal del suelo, intervenir en el mercado inmobiliario y, en general, facilitar el cumplimiento de los objetivos de aquél (art. 90.1 LS).

Y en cuanto al referente a viviendas de protección pública, dice expresamente el artículo 97 de la Ley: “Las viviendas adquiridas en el ejercicio del tanteo y retracto por los Ayuntamientos serán adjudicadas mediante concurso entre quienes no poseyendo otra vivienda reúnan los demás requisitos establecidos por el régimen de protección pública”. La sanción en la legislación anterior era la pérdida de los beneficios y el pago con multa de los impuestos no satisfechos. Compárense ambas normaciones.

## PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO

Tanto en la legislación del suelo como en la de las entidades locales se maneja con frecuencia la figura de patrimonio municipal del suelo; se le considera, sin decirlo, como “algo” que está “ahí”; se estima que constituye un “ente” con plena vigencia y con indudables efectos, pero que, paradójicamente, “nadie”, o sea, ninguna Ley, se ha preocupado de analizar si existe jurídicamente cuál sea su naturaleza, cuál su contenido y cuáles sus normas reguladoras.

Su contenido y finalidad parecen ser evidentes. La Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, la inmediata anterior a la que comentamos, imponía a los Ayuntamientos la obligación de constituir su respectivo patrimonio municipal del suelo (art. 89), señalando los medios de adquirir los bienes que constituirán su fondo regulador del mercado de solares, su destino, etc.; todo lo cual se reitera en esta nueva Ley de Bases en sus artículos 98 a 101 inclusive. Pero nada más.

Su posible personalidad y normas de actuación no han sido recogidas en ninguna norma.

El Reglamento de Bienes de Entidades Locales (de 13 de junio de 1986) se limitaba a indicar en su artículo 16 que “los patrimonios municipales del suelo se regularán por su legislación específica”, así como que “los bienes patrimoniales que resultaren calificados como suelo urbano o urba-

nizable programado en el planeamiento urbanístico quedarán afectos al patrimonio municipal del suelo”. Precepto que cubre poco la laguna legal antedicha, sobre todo en el aspecto básico para las operaciones registrales, de saber quién tiene la personalidad jurídica de este ente, con nombre propio pero sin personalidad.

Esta falta de personalidad puede ser solventada por el mismo Ayuntamiento, al fin y al cabo órgano al que corresponde la Comisión Local de Urbanismo. A ese efecto se determinó por el artículo 132 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (de 28 de noviembre de 1986), que el Pleno municipal “podrá establecer órganos desconcentrados distintos a los que él mismo establece anteriormente”, añadiendo en su apartado 2 que “así mismo el Pleno podrá acordar el establecimiento de entes descentralizados con personalidad jurídica propia”.

Puede así dotarse de personalidad jurídica propia esos patrimonios, si bien hoy lo será mediante una decisión expresa del Ayuntamiento a ese efecto, no por una constitución automática en virtud de disposición legal. Convendría conseguir esa regulación; esperemos que ello lo lleve a efecto el Texto Refundido. Hemos de advertir que ciertas posibles alegaciones quedaron sin efecto por las respectivas cláusulas derogatorias de las Leyes que hemos ido citando.

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE

Registrador de la Propiedad. Abogado.  
Académico de la Real de Jurisprudencia y Legislación de Granada

# El heredero aparente de buena fe

## (Análisis de su posición jurídica)

**SUMARIO:** PLANTEAMIENTO.—DERECHO ROMANO. DERECHO COMPARADO: A) FRANCIA. B) ITALIA.—CÓDIGO CIVIL.—CONCEPTO DE HEREDERO APARENTE.—EL HEREDERO APARENTE DE BUENA FE: 1. BREVE REFERENCIA A LA BUENA FE. 2. LA BUENA FE DEL HEREDERO APARENTE SUS LÍMITES. 3. BREVE RESUMEN EN TORNO AL CONCEPTO DE HEREDERO APARENTE DE BUENA FE O PRESUNTO HEREDERO DE BUENA FE.—ARGUMENTOS EN DEFENSA DE LA PROTECCION DEL HEREDERO APARENTE DE BUENA FE: A) ARGUMENTO HISTÓRICO. B) OTROS CASOS SEMEJANTES EN LOS QUE SE PROTEGE LA BUENA FE ¿ANALOGÍA "IURIS"?: 1. *Artículo 1.738 Código Civil: El mandatario aparente*. 2. *Artículo 1.778 Código Civil: El heredero del depositario*. 3. *Artículo 1.897 Código Civil: El acreedor indebido de buena fe*.—C) UN SUPUESTO PARTICULAR DE HEREDERO APARENTE DE BUENA FE: EL HEREDERO DEL DECLARADO FALLECIDO (ART 197 CC).—OBJETO DE PROTECCION: LA VENTA DE HERENCIA.—EFECTOS DERIVADOS DE LA PROTECCION.—LA LEY HIPOTECARIA Y EL PROBLEMA DEL HEREDERO APARENTE.—DERECHO FORAL.—BIBLIOGRAFIA.

### PLANTEAMIENTO

Es posible que quien aparezca como heredero ante los ojos de los demás no lo sea efectivamente. Pensemos que el testamento en que fue instituido es nulo por vicios de la voluntad o defectos de forma (673 del CC), o que fue revocado por otro testamento posterior (arts. 737 y sigs. CC) que no llegó a reflejarse en el Registro General de Actos de Ultima Voluntad porque no se envió el parte o se extravió, o porque siendo un testamento ológrafo por su propia naturaleza no se reflejó en dicho Registro. Pensemos en los casos en que siendo válido el testamento no lo es la institución por preterición de los herederos forzosos

(art. 814 CC) por indignidad (art. 756 CC). Pero aún caben otros supuestos en que el heredero efectivamente lo sea pero o no tiene una propiedad firme bien por estar los bienes sujetos a alguna reserva, o ser heredero fiduciario, y tales extremos no sean conocidos del tercero o está instituido en menor cuota (1). Y, además por último, es posible que aún sin mediar testamento existan parientes desconocidos de mejor derecho.

Pues bien, en todos estos casos el que es tenido por heredero puede realizar actos de enajenación a título oneroso o gratuito incluso puede vender toda la herencia. Más tarde se descubre la verdad y el heredero real reclama. ¿Qué hacer con tales enajenaciones? ¿Habremos de condenar en todo caso al heredero presunto a pasar por la evicción de los bienes enajenados con todas las consecuencias del artículo 1.478 del Código Civil: "restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta", frutos, costas y gastos? ¿Habremos de tratar igual al heredero aparente de buena fe que al de mala? ¿Habremos de declarar la ineficacia de tales enajenaciones en perjuicio de los terceros adquirientes a título oneroso y de buena fe?

El principio general no puede ser otro que la ineficacia de las transmisiones realizadas por quien no es propietario, de acuerdo con la teoría del título y el modo recogida en los artículos 609 y 1.095 del CC en consonancia con la base 20 de la Ley de 1888 y plasmada en los aforismos *nemo dat quod non habet*, *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*.

No obstante de conformidad con la Ley Hipotecaria puede ser que el tercero que sea de buena fe y haya adquirido a título oneroso sea protegido si inscribe su derecho (artículo 34 de la Ley Hipotecaria), respecto de los bienes inmuebles y siempre que sea de buena fe (art. 464 del CC) respecto de los muebles. No hay que olvidar que el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, como se verá, establece no obstante un plazo de suspensión de la eficacia *erga omnes* de la inscripción durante dos años respecto de las adquisiciones de bienes y derechos hereditarios.

Pero es posible que el tercero no inscriba, no hay que olvidar que la inscripción es voluntaria y que existe un plazo de suspensión durante dos años de los efectos de la fe pública registral, la doctrina entonces se planteaba la siguiente pregunta: ¿podrá mantenerse la validez de la enajenación en beneficio del tercero sobre la base de un supuesto principio de protección a la apariencia?, a lo que se contestaba: la apariencia no es

---

(1) "Y nosotros podemos añadir que a menudo en muchos casos el heredero aparente es también heredero verdadero en la misma herencia, aunque por otra cuota". MIDIRI: "L'heredere apparente e diritti dei terzi con lui contrattanti", *R.D. Civile*, 1930, pág. 337. También CÍCU: *Derecho de sucesiones*, Parte General, Barcelona, 1964, pág. 496.

ningún modo de adquirir conforme al artículo 609 del Código Civil. Por otra parte, se decía, si se mantiene la validez, ¿qué sentido tiene inscribir en el Registro? Y la respuesta era correcta.

No obstante planteada la cuestión en tales términos no había hueco para el heredero aparente (2), aunque se utilizaba su nombre en realidad se hablaba del tercero, y es precisamente desde esta perspectiva, desde el heredero aparente, desde donde queremos plantear nosotros la cuestión.

Porque ¿qué pasa con el heredero aparente? ¿Será lo mismo que sea de buena fe que de mala fe? Siendo de mala fe no parece que haya de ser protegido, pero siendo de buena fe su situación dependerá de que el tercero inscriba o no su derecho, porque si el tercero inscribe y transcurren los dos años de suspensión, al mantenerse la enajenación vendrá obligado a devolver sólo el precio o las acciones para hacerlo efectivo, pero si el tercero no inscribe al no mantenerse la adquisición frente a la reivindicación del verdadero heredero y quedar obligado a la evicción (con el tercero) habrá de devolver el precio actual de la cosa vendida y los demás gastos a que se refiere el artículo 1.478 del CC.

La conclusión de todo esto es que si bien no podemos mantener la validez de las enajenaciones hechas por el heredero aparente en beneficio del tercero que no inscriba, no podemos olvidar la situación del heredero aparente que enajenó, cuando es buena fe, en la creencia de que era dueño. Quizá éste sea el camino a través del cual pueda llegar a ser mantenida la enajenación, si bien como forma indirecta de no perjudicar al heredero aparente de buena fe. Esto es lo que vamos a tratar de exponer en el presente trabajo.

---

(2) Es significativo a este respecto la postura adoptada por la doctrina francesa, que ante la falta de un auténtico sistema hipotecario de protección a los terceros se plantea el tema desde esta perspectiva. En este sentido y por todos, DONNEDIEU DE VABRES: "Les actes de l'heritier apparent", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, XXXIX (1940-41), págs. 385 y sigs., que tras señalar que la validez de los actos del heredero aparente ha sido concebida por la jurisprudencia "por razones imperativas de crédito y especialmente crédito fundiario", dice que no puede fundarse ni en los poderes especiales del heredero en la sucesión, la *saisine* colectiva, ni en la buena fe del heredero aparente, "ya que los derechos de los terceros deben ser protegidos por ellos mismos y a los cuales no se les puede pedir conocer la psicología secreta del heredero aparente", ni tampoco en la falta o negligencia del heredero real.

## DERECHO ROMANO. DERECHO COMPARADO. CODIGO CIVIL

### I. DERECHO ROMANO

El Derecho Romano no realizó en esta materia, como en otras muchas, ninguna construcción teórica. Por otra parte, no podemos olvidar las dos esferas u ordenamientos que coexisten en el Derecho de Roma, por un lado la esfera del *ius civile*, de otro la del *ius gentium*, de modo que frente al rigor de aquél, en éste el *bonorum possessor*, es decir el que hubiera obtenido la *bonorum possessio*, obtenía del pretor el *interdictum quorum bonorum* contra todo poseedor, *pro herede* o *pro possessore* para la entrega de bienes. Disponía así mismo de acciones útiles, llegando en la época del Derecho justineano a disponer de una *petitio hereditatis possessoria* como *actio utilis*.

Pero frente a la esfera normativa del *ius gentium* se alzaba el *ius civile* en el que el rigor de los principios dificultaba el ejercicio de los derechos. En el Derecho antiguo no pasaba como en el Derecho moderno que de cada derecho surge una acción para protegerlo, sino a la inversa de las acciones nacían derechos. Así en las *legis actiones* la *hereditatis petitio* sólo podía ejercitarse contra quien alegare un título especial por virtud del cual pretendiera la cosa para sí (*contravindicatio*). No obstante variaron las cosas con el procedimiento formulario ya que la *hereditatis petitio* podía dirigirse contra todo el que poseyera la herencia. El actor podía ejercitar el *interdictum quam hereditatem* para obtener la restitución de todas las cosas hereditarias y la negativa del demandado significaba la pérdida de la posibilidad de defenderse (3).

Las relaciones entre el heredero real y el aparente o *falsus heres* fueron reguladas por el Senadoconsulto Juventiano (año 129 d. C.), llamado así por el nombre de uno de sus autores, el jurista P. JUVENCIO CELSO de la época de Adriano. Regulaba la reivindicación de los bienes caducos por el Fisco, a quien correspondían por las leyes demográficas de Augusto, aplicándose a las herencias (4). Distinguía entre poseedor de buena y de mala fe (5). Si el poseedor era de buena fe sólo había de restituir aquello en lo

(3) Para todo esto, P. JÖRS y W. KUNKEL: *Derecho privado romano*, Barcelona-Madrid, 1965, págs. 477 y sigs.

(4) DENOYEZ: *Le Senatus-consultus Juventium*, Nancy, 1926, págs. 78-104.

(5) El de buena fe coincide con el poseedor *pro herede* del Derecho clásico *qui putat se heredem esse*, según GAYO (Instituta IV, 144); frente al que se contraponía el *possessor pro possessore (sciens-heredus- ad se non pertinere)*. Posteriormente, en el Derecho justineano, dentro del concepto de *possessor pro herede* se incluyó también al que sabía que no era heredero *et is qui scit se heredem non esse* (ULPIANO, frag. 11

que se hubiera enriquecido: las cosas en su estado actual, o el precio sin intereses o las cosas adquiridas con éste. Respecto de los frutos sólo, o quedaba obligado a restituir el beneficio que le hubiera reportado. Si era de mala fe (el cual respondía de las cosas de que se hubiera desprendido como si todavía estuviera en posesión de ellas) no era el precio lo que había de restituir sino su valor real. Después de la *litis contestatio* tanto el de buena como el de mala fe eran responsables de la pérdida y deterioro de la cosa, pero se restringió la responsabilidad por caso fortuito al poseedor de mala fe (6).

Sobre la base del pensamiento del Senadoconsulto Juventiano el *possessor pro herede* de buena fe no debe obtener ventaja alguna pero no debe sufrir tampoco daños patrimoniales, de modo que sólo debe restituir el *id in quod locupletior factus est* (7), ULPIANO al estudiar las relaciones entre el verdadero heredero y los terceros en la Ley 25, parágrafo 17, de *hereditatis petitione*, v. 3., estableció el principio general de reivindicación de las cosas enajenadas al tercero, pero añadiendo al finalizar *nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent*, es decir, a no ser que los compradores tengan acción de regreso contra el vendedor de buena fe, porque en tal caso al quedar obligado a la evicción de las cosas compradas sufriría un perjuicio consistente en la indemnización de los daños sufridos por el tercero que será muy superior al precio recibido por las cosas vendidas.

Esta es la opinión de la mayoría de la doctrina (8), fundándose en el referido texto, pero no dejaron de oírse voces discordantes, hasta que EISELE demostró que esta frase estaba interpolada por los compiladores justineanos (9). Así, se ha dicho, que esta doctrina sólo es aplicable para el Derecho justineano, mientras que en el Derecho clásico regiría la regla general: *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat*.

## 2. DERECHO COMPARADO

### A) Francia

La cuestión no viene regulada en el *Code civil*, el artículo 777 recoge el principio general de retroactividad de la aceptación al momento de la

---

Digesto, *De hereditatis petitione*, v. 3), para ser el *possessor pro possessore* el que interrogado por qué posee responde *quia possideo*

(6) JÖRS-KUNKEL: *Op. cit.*, loc. cit.

(7) NICOLÒ COVIELLO: *Diritto delle successioni*, a cargo de Leonardo Coviello, Napoli, 1914, págs. 370-392, especialmente 384.

(8) GLÜCK: *Pandectas*, VII, 508, pág. 569; DERNBURG: *De hereditatis petitio*, págs 54 y sigs.; ARNDTS-SERAFINI. *Pandectas*, VIII, 534.

(9) Sobre esta polémica, MIDIRI: *Op. cit.*, págs. 318-319.

apertura de la sucesión. Por ello y porque el Derecho francés carece de un sistema de publicidad adecuado es por lo que la jurisprudencia llegó a proclamar la validez de los actos del heredero aparente.

No obstante una importante labor doctrinal trató de fundamentar tal solución: MERLIN apoyaba la validez en el famoso texto del *Digesto* que otorgaba protección al heredero aparente. DEMOLOMBE generalizando las disposiciones de los artículos 138 y 790 del *Code civil*, el primero respecto a los actos del poseedor de los bienes del ausente que reaparece, el segundo relativo al heredero renunciante que obtiene la anulación de su renuncia, sostenía que el heredero aparente debe ser considerado siempre como un mandamiento del verdadero heredero. JOZON construía la validez sobre la culpa del heredero real. AUBRY Y RAU también se muestran favorables. CARETTE aplaude el criterio de la jurisprudencia. Este criterio, no exento de críticas, se basa en la equidad y para ello acude a la máxima *error communis facit ius* (10). En cualquier caso, como decía DONNEDIEU DE VABRES en la aplicación jurisprudencial del principio de validez de las enajenaciones hechas por el heredero aparente se ha formado una costumbre, que hace que se mantengan más por la máxima *consuetudo facit ius* que por el aforismo *error communis facit ius* (11).

La doctrina de la validez se concreta en las enajenaciones a título oneroso y de buena fe de cosas singulares quedando al margen la venta de toda la herencia, ya que deja al comprador en el lugar del heredero aparente, por lo que no podría el comprador hacer valer la condición de tercero, y también deja al margen las disposiciones a título gratuito.

## B) Italia

En la actualidad la cuestión viene recogida en el artículo 534 del Código de 1942, que responde al artículo 933 del primitivo Código de 1865 (12), respecto del cual se introdujo la necesidad de la prueba de la buena fe, exigiéndola sólo en el adquirente y no también en el enajenante o heredero aparente.

---

(10) Para una detallada exposición de la doctrina francesa antigua, FONCILLAS: *RDCI*, 1930, y JORDANO: "La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros", *ADC*, 1950, págs. 668-717, esp. 684-686.

(11) *Op. cit.*, *loc. cit.*

(12) "El efecto de la aceptación se retrotrae al día en que es abierta la sucesión.

Sin embargo, quedarán siempre a salvo los derechos adquiridos por los terceros por efecto de convenciones a título oneroso hechas de buena fe con el heredero aparente. Si éste ha enajenado de buena fe una cosa de la herencia está solamente obligado a restituir el precio recibido o a ceder su acción contra el comprador que no le ha pagado todavía".

La razón obvia de tales modificaciones se encuentra en que este nuevo artículo es un artículo de terceros construido sobre la base de la primitiva doctrina que miraba más que a la protección de los terceros al no perjuicio del heredero aparente, y no es consecuencia sino de un deficiente sistema inmobiliario registral.

En resumen, se requiere que adquiera de quien aparezca como heredero, que se trate de convenciones a título oneroso, que haya buena fe en el adquirente, el cual debe probar, y que tratándose de inmuebles o muebles registrales se haya inscrito el título del disponente y del adquirente antes que el del heredero verdadero. Por último, decir que no hace distinción entre la venta de objetos singulares y la venta de toda la herencia (13).

### 3. CÓDIGO CIVIL

El Código Civil en su artículo 989 dispone que los efectos de la aceptación y la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda, y no dice más. En principio, pues, habrán de entregarse al heredero real todos los bienes que hubiera al momento de la muerte del causante.

Por otra parte, el Código tampoco regula la acción de petición de herencia, por virtud de la cual el heredero real puede reclamar todos los bienes de la herencia como un todo de la persona en cuyo poder se encuentren, sea como heredero, sea como simple poseedor, a base de probar su cualidad de heredero. Únicamente se hace referencia a la *petitio hereditatis* en los artículos: 192, cuando dice, a propósito del derecho de acrecer de los coherederos del ausente, que lo dispuesto en los artículos precentes se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia y otros derechos que competan al ausente, y en los artículos 1.016 y 1.021, el primero en cuanto que dice que el heredero puede aceptar a beneficio del inventario o con el derecho de deliberar mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia, y el segundo que dispensa de hacer

---

(13) El artículo 53 dice así: "El heredero puede proceder también contra los que traen causa del que posee a título de heredero o sin título.

Quedan a salvo los derechos adquiridos por efecto de convenciones a título oneroso con el heredero aparente por los terceros que prueben haber contratado de buena fe.

La disposición del apartado precedente no se aplica a los bienes inmuebles y a los bienes muebles inscritos en los Registros Públicos si la adquisición a título de heredero y la adquisición del heredero aparente no han sido transcritos antes de la transcripción de la adquisición del heredero o legatario verdadero, o de la transcripción de la demanda judicial contra el heredero aparente". Para una exposición detallada del derecho anterior a la reforma, MIDIRI: *Op. cit.*, págs. 330 y sigs., para el derecho vigente; CICU: *Op. cit.*, págs. 494 y sigs. y 505 y sigs., y FRANCESCO S. AZZARITI, GIOVANI MARTINEZ, GIUSEPPE AZZARITI: *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1959, págs. 147-150.

inventario al heredero que reclame una herencia que otro esté poseyendo por más de un año. Así pues, tampoco se regulan los efectos derivados del ejercicio de la acción de petición de herencia. ¿El heredero aparente o el simple poseedor tendrán que devolver todos los bienes y, por tanto, también los que estén en manos de terceros que los hubieran adquirido a título oneroso y de buena fe? ¿Afectará, por tanto, la acción de petición de herencia a las enajenaciones hechas a favor de terceros?

Solamente la Ley Hipotecaria en su artículo 28 regula los efectos de la inscripción de bienes hereditarios respecto a terceros y, por tanto, únicamente respecto a la propiedad inscrita. Este artículo establece un plazo de suspensión de los efectos de la fe pública registral durante dos años contados a partir de la muerte del causante en relación a los bienes o derechos adquiridos por herencia o legado excepto los adquiridos de herederos forzosos.

Pues bien, ante la ausencia de una regulación legal de la *petitio hereditatis* y teniendo en cuenta que el artículo 989 del Código Civil sólo dice que los efectos de la aceptación se retrotraen al momento de la muerte del causante, es preciso colmar esa laguna, para lo cual habremos de indagar si el propio Código nos puede suministrar en primer término alguna solución basada en los principios que le inspiran, y en segundo lugar si aquella investigación se revelara insuficiente nos preguntaremos si en el Derecho histórico se regulaba la materia y si así fuera no dudaremos en proponer su aplicación en base a lo que se ha dado en llamar los principios tradicionales incluidos dentro del concepto de los principios generales del derecho, los cuales constituyen fuente supletoria en defecto de ley o costumbre (art. 1.4 del Título Preliminar del CC).

## CONCEPTO DE HEREDERO APARENTE

En primer lugar el heredero aparente es el legitimado pasivamente en la acción de petición de herencia. Hemos visto que en el Derecho Romano-justineano estaba legitimado pasivamente tanto el *possessor pro herede* como el *possessor pro possessore*. Aquí sólo nos interesa el primero es decir el que posee la herencia en concepto de heredero, ya que el segundo el que posee *quia possideo* no alega la cualidad de heredero y no es por tanto heredero aparente.

La jurisprudencia antigua nos recuerda que la *petitio hereditatis* pueda dirigirse contra el que está poseyendo la herencia en concepto de heredero (Sentencias 17 septiembre 1864, 28 junio 1866, 28 enero 1892) (14). El

---

(14) Siendo esta última muy restrictiva.

Código Civil en el artículo 1.021 habla del que reclama judicialmente una herencia de que otro “se halle en posesión” por más de un año aparezca también aquí como legitimado pasivamente el que esté poseyendo la herencia.

Hay pues un concepto legal y jurisprudencial de heredero aparente es aquel que posee los bienes hereditarios, la herencia, en concepto de heredero.

La posesión puede tenerse en dos conceptos, en concepto de dueño o en el de tenedor de la cosa o derecho pero perteneciendo el dominio a otra persona (art. 432 CC). Pues bien, si “los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657 CC) y “la herencia comprende todos los bienes derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte” (art. 659 CC), el heredero posee los bienes hereditarios en concepto de dueño, *animus domini*, que es tanto como decir *animus heredis*, como diría JORDANO. Consecuencia de ellos es que el heredero como poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo (art. 448 CC), pero de esto hablaremos más tarde.

Resumiendo lo hasta aquí dicho diremos que heredero aparente es “aquel que posee la herencia en concepto de heredero, es decir, de dueño de los bienes hereditarios”. Son dos los elementos que configuran el concepto de heredero aparente: la posesión y el *animus heredis*.

Hay, por otro lado, en el CC una cierta idea de apariencia, que nos puede valer para corroborar el concepto de heredero aparente que acabamos de encontrar. Sólo el heredero puede realizar ciertos actos que son propios del *status* del heredero, de modo que al realizarlos toma el que los hace aquel carácter: “la cualidad de heredero”, como dice el Código. Hay una cierta objetividad en todo esto. Tomará “la cualidad del heredero”, séalo o no, quien con sus actos revele serlo, hasta el punto que en el Código figura como una de las formas de aceptación: “aceptación tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar si no con la cualidad de heredero” (art. 999, párr. 3), incluso la apariencia llega al extremo de que los actos de mera administración provisional pueden implicar aceptación si con ello se ha tomado el título o cualidad del heredero (art. 999, último párrafo) (15), basta, pues la simple manifestación de actuar como heredero. Es una forma inmediata entre la aceptación expresa y la derivada tácitamente de ciertos actos que sólo puede realizar el heredero. Pero dejando al margen las formas de aceptación lo revelante es que el propio

---

(15) Lo que puede influir también en el cómputo del plazo para aceptar a beneficio de inventario (arts. 1.014-1.015 CC).

Código conoce que el *status* de heredero es algo objetivo que puede verse y por tanto aparente. De esos artículos del Código, que los partidarios de la teoría de la apariencia no citan siquiera, podemos deducir un concepto de heredero aparente que viene a corroborar en el plano objetivo o aparente el que ya tenemos en el plano subjetivo o del *animus*, heredero aparente es el que se comporta como heredero aunque no lo sea, el que con sus actos tome la cualidad de heredero (art. 999 CC), incluso el que sólo manifiesta ser heredero (art. 999, último párrafo).

Pero un concepto tal no puede valernos jurídicamente, el derecho no puede conformarse con la apariencia, pero sí puede servirnos para poner de manifiesto que el Código conoce un concepto objetivo de heredero, de modo que cuando definimos como heredero aparente el que posee bienes hereditarios en concepto de heredero ya sabemos que ha de entenderse por "concepto de heredero", al menos en su aspecto objetivo, externo o aparente.

### HEREDERO APARENTE DE BUENA FE

Si hemos definido como heredero aparente al que posee los bienes hereditarios en concepto de dueño o heredero, lo cierto es que no todo poseedor que reúna tales requisitos es digno de una protección especial. No todo heredero aparente tiene que ser protegido, porque puede estar poseyendo a sabiendas que no es el heredero, entonces ¿por qué habríamos de protegerle? Sin embargo, puede ocurrir que quien esté poseyendo lo esté en la creencia de tener derecho a los bienes como heredero. Sólo éste, el que erróneamente cree ser heredero y, por tanto, sin la conciencia de la ilegitimidad de su situación, debe ser protegido, es decir, el heredero aparente de buena fe frente al de mala fe que nada pueda alegar en su defensa (16).

El heredero aparente de buena fe coincide con el *possessor pro herede* del Derecho Romano clásico, el que definía GAYO como *qui putat se heredem esse* contraponiéndolo al *possessor pro possessorre* el que poseía la herencia sabiendo que no le pertenecía. Esta distinción que como sabemos mudó con el tiempo al incluirse dentro del concepto de *possessor pro herede* también al segundo y que tenía importancia desde el punto de vista del procedimiento en orden a la posibilidad de ejercicio de la *petitio*, tenía

---

(16) Sobre buena y mala fe, GÓMEZ ACEBO: "La buena y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código Civil", en *RDP*, 1952, págs. 101 y sigs.; JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS: *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965.

ya desde entonces, o mejor desde el famoso Senadoconsulto Juventiano, consecuencias sustantivas importantes.

Las Partidas también distinguían entre el heredero aparente de buena y de mala fe, el primero según la Ley 4, tomo XIV, Partida VI es el que la tenía (la herencia) cuidando que era suya o había razón derecha de la tener”.

La doctrina moderna a la hora de examinar las consecuencias del ejercicio de la acción de petición de herencia sigue distinguiendo entre heredero aparente de buena y de mala fe, pero su estudio se limita normalmente a las consecuencias de la posesión en orden a los frutos y accesiones, pero no distinguen a la hora de ver qué es lo que pasa con las enajenaciones.

## 1. BREVE REFERENCIA A LA BUENA FE

La buena fe es uno de los principios generales del Derecho a los que alude el artículo 1.4 del Título Preliminar del Código Civil como una de las fuentes del ordenamiento jurídico español. La buena fe aparece, según nos relata DE LOS MOZOS, en el fundamento mismo de la vida humana de relación, pues de ella se deriva la confianza (17). La importancia de las *fides* entre los romanos es enorme tanto en el ámbito del Derecho Público como del Derecho Privado. Pero no vamos aquí a desarrollar todo el tema de la buena fe, lo que nos interesa es distinguir las formas, que no clases, ya que aparecen como caras de una misma moneda, de la buena fe, para averiguar a cual pertenece la buena fe del heredero aparente.

La buena fe puede ser objetiva o subjetiva sin que ello suponga hacer una clasificación innecesaria, ya que su unidad arranca del propio fundamento que se halla en la conducta humana. La buena fe objetiva aparece como regla de conducta, como comportamiento correcto, *civiliter*, en el ejercicio de los derechos, a ella se refiere el artículo 7.1 del Título Preliminar (18) y el artículo 1.258 (19) del mismo Código Civil. Así, se ha dicho que el ordenamiento jurídico no se agota con el Derecho formulado en las normas, acompañando a éste el no formulado, contenido en los principios, de los que este precepto constituye una aplicación singular. De modo que el titular de un derecho o facultad no sólo debe comportarse de conformi-

---

(17) *Op. cit.*, pág. 22.

(18) “Los derechos deberán ajustarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

(19) “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de los expresamente pactados, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, el uso y a la ley”.

dad con la autorización que contiene la norma que se lo reconoce sino también con arreglo a las *fides* que se halla en el fundamento del ordenamiento mismo (en el pacto social implícito o tácito de los ciudadanos en el Derecho) (20). Tiene su ámbito de aplicación en el contenido de la relación jurídica nacida de la obligación o en general del negocio jurídico, por ello sus posibilidades de actuación son amplísimas.

De otro lado la buena fe subjetiva basada en la ignorancia o error, el artículo 433, párrafo 1.º, dispone: "Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide" desde un punto de vista negativo y desde el punto de vista positivo el artículo 1.950 CC: "La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio". Si aquella se refería al contenido de la relación jurídica ésta alude a la correcta situación del sujeto dentro de la misma relación jurídica, refiriéndose a la consciencia del sujeto bien en relación a su propia situación (caso de la adquisición de frutos en la posesión de buena fe, art. 451; caso de la venta de buena fe, arts. 1.487-1.488; del pago en dinero sin capacidad, art. 1.160; del mandatario aparente, art. 1.738; del pago de lo indebido, art. 1.895; en fin del heredero del depositario, art. 1.778), bien a la de aquella persona con la que el sujeto que se beneficia de la buena fe se relaciona (caso del art. 1.164, pago hecho a un incapaz, o los más característicos de los arts. 464 y 1.473 del CC y 34 de la LH respecto de la adquisición de muebles o inmuebles respectivamente) (21).

Hasta aquí los dos aspectos de la buena fe ahora nos toca determinar, en primer lugar, a cuál de ellos pertenece la buena fe del heredero aparente para luego analizar su concepto y límites. La primera cuestión parece contestada de antemano: la buena fe del que actúa como heredero sin serlo no es buena fe objetiva no se trata de que ejercite sus derechos *civiliter*, correctamente, sino de que el titular de tales derechos no es quien aparece serlo. Pero sí es buena fe subjetiva o legitimante de la que derivan determinadas consecuencias o efectos, basada en una creencia o error en relación a la posición del sujeto en la relación jurídica, no es la posición de aquél con quien se contrata, caso de la protección a la apariencia, la que nos interesa, sino la propia y errónea posición del sujeto de la relación jurídica, consistente en la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el Derecho.

---

(20) DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, págs. 45 y sigs. También así *Derecho civil español*, I, Parte General, vol. I, Salamanca, 1977, pág. 696. Sobre el concepto del principio general del derecho, última obra citada, págs. 486 y sigs.

(21) DE LOS MOZOS: *El principio...*, págs. 57-60, calificando a la objetiva de ob-causante y de sub-legitimante a la subjetiva.

En resumidas cuentas se trata de un error que de no mediar haría que el comportamiento, en este caso del heredero supuesto, fuera antijurídico, pero que produciéndose va a originar ciertos efectos que tienden a proteger a quien obró bajo tal error y de modo indirecto o como derivación de la protección dispensada a quien lo sufre al tercero que contrató con él.

Nos queda estudiar a continuación el concepto de buena fe en el heredero supuesto o falso y sobre todo, ya que el concepto se deriva de lo que hasta aquí dicho, los límites a su buena fe.

## 2. LA BUENA FE DEL HEREDERO APARENTE. SUS LÍMITES

¿Cuándo podemos decir que el heredero aparente tiene buena fe y cuándo no? ¿Hasta dónde llega la buena fe?

Hemos partido de estudiar brevemente la buena fe y sus dos formas o manifestaciones. En su aspecto subjetivo la buena fe aparece y por lo que nosotros afecta, como confianza o creencia en la legitimidad de la propia situación, en no dañar a otro. Pero tal confianza y partiendo del artículo 433 del CC que define al poseedor de buena fe como aquél que “ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide”, tiene que tener un fundamento que en nuestro caso es el título de heredero: testamento, declaración de heredero abintestato, contrato sucesorio (art. 14 de la LH).

La cuestión que tanto fue discutida en la doctrina italiana del Código del 65 relativa a la necesidad o no del título (22) aparece resuelta en nuestro Derecho en base al artículo 432, que se complementa con lo dispuesto en el artículo 448 del mismo CC: “El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo”, es decir, que hay una presunción favorable a la justicia del título, de forma que tiene un título hábil para transferir el dominio quien posee como dueño, que es lo que ocurre con el presunto heredero (arts. 432, 609, 659 CC), cuando por otro lado la buena fe se presupone siempre (art. 434 CC) con lo cual su posición está fuertemente reforzada.

Fundándose la falsa creencia en un título, no basta la simple creencia sin título alguno, opinión que en la doctrina italiana anterior al 42 sostenía CONTRI (23) refutado por DE BERNARDIS (24) y que también es rechazada

---

(22) Por todos, véase MIDIRI: *Op. cit.*, págs. 333 y sigs.

(23) *L'erede aparente de buona fede*, Firenze, 1902.

(24) “La condizione dell'erede aparente nel Col. Civ.”, en *Arch. Giurid.*, vol. LXXIII, pág. 247.

entre nosotros por JORDANO (25). Pero ello no obsta a que pueda ser un título supuesto o putativo, como sería el caso del que es instituido en un testamento revocado o del que se cree llamado como heredero abintestato ignorando la existencia de otros parientes de mejor derecho. No parece ser ésta la opinión de DE DIEGO para el que es de mala fe el heredero que invoca un título inexistente (26). Pero la doctrina más reciente sostiene el punto de vista contrario admitiendo la posibilidad del título putativo o supuesto, en este sentido JORDANO (27) y ALBALADEJO (28).

El error en que consiste la ignorancia ha de ser excusable, el inexcusable viene equiparado a la culpa y excluye la buena fe. Así parece desprenderse del artículo 6.1, párrafo 2.º: “el error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen” en relación con el párrafo 1.º que proclama el principio *nemo censetur*: “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”, ya que aquel párrafo “al referirse a los efectos positivos del error de derecho, fundado éste en la doctrina del error excusable, está aludiendo implícitamente a los efectos derivados, casi exclusivamente, de la buena fe en sentido subjetivo” (29). Por otro lado cuando hablamos de error se trata de un error propio, es decir, ignorancia absoluta del defecto o vicio que se subsana por la aplicación de la buena fe (30). Poco importa que sea error de hecho o de derecho ya que ambos vienen equiparados en la tradición jurídica castellana, no obstante el criterio vacilante de la jurisprudencia, de modo que ambos en éste caso pueden ser alegables por ser ambos exclusables (31). Así el presunto heredero podrá fundar su error en el hecho de desconocer la existencia de un testamento posterior o el vicio de que adoleciera el testamento o la ignorancia de la existencia de parientes de grado más próximo o, por otro lado, en una interpretación errónea de una disposición testamentaria o legal: una condición puesta a la institución, una sustitución fideicomisaria, etc. En este sentido JORDANO admite tanto el error de hecho como el de derecho (32). Esta era la postura de la doctrina italiana antigua (33).

Hasta aquí hemos analizado la ignorancia o error del presunto heredero, pero ¿cuáles son sus límites?, ¿cuándo podemos decir que es de mala fe?

---

(25) *Op. cit.*, pág. 679.

(26) *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1959, págs. 484 y sigs.

(27) *Op. cit.*, págs. 678-679.

(28) Que sostiene a este respecto la misma opinión que CICU para el nuevo Codice Civile, *op. cit.*, pág. 501.

(29) DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, pág. 681.

(30) DE LOS MOZOS: *El principio de la buena fe*, pág. 73.

(31) Para todo esto, DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, págs. 677-681.

(32) *Op. cit.*, págs. 678-679.

(33) Así MIDIRI, pág. 334, no obstante exigía la prueba.

La ignorancia, la creencia, en que la buena fe consiste en su aspecto subjetivo arranca de un error, error en los vicios del título o en la propia existencia del título ¿cuándo podemos decir que es excusable? porque el inexcusable como hemos dicho se equipara a la culpa e impide la buena fe.

Podemos decir que el dolo y la culpa, la conciencia y la intención de dañar a otro, en aquél caso, o simplemente la conciencia, la culpa, impiden la existencia de buena fe, funcionando como límites internos a la aplicación de la buena fe (34). De los límites externos nos ocuparemos más abajo.

En un sentido muy general dolo equivale a mala fe, pero aunque esto pueda ser cierto en un sentido no lo es el inverso porque no toda mala implica dolo. Ello se debe a que son conceptos que se mueven en planos distintos, siendo el dolo y la culpa elementos tipificadores del ilícito, pudiendo haber mala fe sin que por ello la conducta del sujeto sea delictiva civilmente. Esto se produce por el contenido esencialmente ético de la buena fe, que supone un paso más allá en la valoración de las conductas humanas, respondiendo no sólo al *alterum non laedere* sino, tratándose de la buena fe, al *honeste vivere* expresión de un plano moral que se superpone al jurídico (35) y donde la delimitación de uno y otro resulta difícil por su indudable continuidad. En cualquier caso el dolo y la culpa o negligencia impiden la buena fe y constituyen al presunto heredero en situación de mala fe.

El artículo 535.3 del *Código civile* dispone que “la buena fe no favorece si el error proviene de culpa grave”, por lo que el CICU entiende que culpa grave no es la falta de la diligencia normal, a ella habría que añadir el requisito de la gravedad: “No por tanto el simple hecho de no haber indagado acerca de la existencia y eficacia del título: sino el no haber indagado en circunstancias que daba motivo para dudar” (36). Esto lleva también a dudar a ALBALADEJO el cual no sabe si ésta limitación podría aplicarse al Derecho español pareciendo inclinarse por la negativa al señalar que “nuestra ley literalmente no pone límite a la protección de la buena fe, si el poseedor cree verdaderamente que le asiste la facultad de poseer” (37).

Pero esta precisión que hace el legislador italiano parece absolutamente innecesario porque desde siempre en la tradición del Derecho común se ha asimilado la culpa grave al dolo: *culpa lata dolo aequiparatur* y plantearse la cuestión siquiera sobra por innecesaria. Lo que sí nos plantea a nosotros es si sería admisible la culpa leve para seguir manteniendo una situación

---

(34) DE LOS MOZOS: *El principio...*, págs. 61-67.

(35) DE LOS MOZOS, pág. 63

(36) *Op. cit.*, pág. 496.

(37) *Op. cit.*, pág. 502.

de buena fe, si la buena fe es compatible con la culpa leve, lo que está en relación con el tema de la relatividad del concepto de buena, distinta según los ámbitos e instituciones en que puede actuar y que pusieron de manifiesto ALAS, DE BUEN Y RAMOS (38).

La cuestión parece llevarnos a un callejón sin salida. Si el artículo 1.104 CC define la culpa como la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, estableciendo en su párrafo 2.º que en defecto de la expresión de la diligencia debida será la que corresponda a un buen padre de familia, resulta que también la culpa es un concepto relativo, con lo que nunca podremos precisar hasta donde llega la buena fe (39).

Lo que ocurre es que la culpa, concepto relativo, impide la buena fe, concepto igualmente relativo, pero en la misma proporción y en el mismo sentido que para el caso concreto lo sea la culpa. Y así habrá culpa y por tanto no habrá buena fe cuando se omita la diligencia que corresponda a un buen heredero, la cual conforme al párrafo 1.º del artículo 1.104 CC depende de las circunstancias de persona, tiempo y lugar, sin olvidar que no es lo mismo la diligencia del buen padre de familia en el cumplimiento de sus obligaciones que la diligencia debida al que se cree heredero en base a un título siquiera viciado o putativo, que es lo que le coloca en principio en la posición de buena fe.

### 3. BREVE RESUMEN EN TORNO AL CONCEPTO DE HEREDERO APARENTE DE BUENA FE O PRESUNTO HEREDERO DE BUENA FE

Si el heredero aparente es “aquel que posee la herencia o parte de ella en concepto de heredero”, heredero aparente de buena fe será aquel que añada además la *opinio heredis*, es decir, la creencia que es heredero y podemos definirlo como “aquel que posee la herencia o parte de ella en concepto de heredero, en base a un título cuyos vicios ignora”.

Pueden distinguirse, pues, un elemento objetivo, que es doble: posesión y título y un elemento subjetivo, que es también doble: el *animus domini*, o como diría JORDANO, el *animus heredis* y la ignorancia de los vicios de que adolecía el título (40).

Configurando el concepto de heredero presunto de buena fe vamos a analizar las consecuencias derivadas de sus actos de disposición sobre

(38) *De la usucapión*, Madrid, 1916, págs. 231-232.

(39) Para esto CASTÁN. *Derecho civil español*, págs. 167 y sigs.

(40) En este sentido, PACIFICI-MAZZONI: *Istituzioni di Diritto Civile italiano*, vol. VI, Firenze, 1914, págs. 201 y sigs.

bienes muebles o inmuebles con terceros adquirentes, pero antes hemos de exponer los argumentos en que nos fundamos para su protección.

## ARGUMENTOS EN DEFENSA DE LA PROTECCION DEL HEREDERO APARENTE DE BUENA FE

Partiendo del principio general de ineficacia de las transmisiones realizadas por quien no es propietario de acuerdo con la teoría del título y el modo, que encuentra su confirmación en las conocidas excepciones del artículo 464 CC y del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que aparecen como límite al ejercicio de la acción reivindicatoria en beneficio del tercer adquirente (*ex persona emptori*), nuestra investigación trata de encontrar argumentos en defensa del mantenimiento de las enajenaciones hechas a título oneroso por el heredero aparente de buena fe, no es que tratemos de encontrar una excepción más al principio general, sino que el mantenimiento de tales enajenaciones ha de venir por la vía de la *negatio actionis* en consideración a la buena fe del vendedor, heredero aparente, y para ello utilizaremos los siguientes argumentos:

### A) ARGUMENTO HISTÓRICO

Ya hemos visto que el Derecho Romano protegía al heredero aparente de buena fe. Primero será el Senadoconsulto Juventiano el que regulará la posición del heredero aparente de buena fe obligándole únicamente a devolver el precio recibido. Luego la célebre ley 25, parágrafo 17, *Digesto de hereditatis petitione*, v. 3 en la que ULPIANO afrontando el tema de las enajenaciones hechas por el heredero aparente de buena fe sostuvo la validez de las mismas cuando el comprador tuviera acción de regreso contra el vendedor: “Et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent”.

Y éste es el criterio seguido por las Partidas que en su Ley V del tomo XIV, Partida VI, titulada “Que aquel que tiene los bienes de la herencia como non debe, si enajena alguna cosa dello, la debe pechar con el doblo”, disponía: “Si contra alguno que fuese tenedor de la herencia que perteneciese a otro fuese dada sentencia que la tornase, debe la entregar a aquél que le venció, con todas las otras cosas, que ovo por razón de ella. Pero si de mientra que era tenedor della, vendiese o enajenase alguna cosa de tal herencia, estonce si había buena fe en teniendo la heredad, cuidando que era suya decimos, que si aquella cosa que vendió pudiese cobrar por aquel mismo precio, o por menos que recibió por ella, tenudo es de

comprar, e de tornarla al verdadero heredero que la vendió. E si non la pudiere haber non es tenuto de dar por ella: más que aquel precio que recibió. Mas si aquel que la vendiese oviese mala fe en teniendo la herencia, tenuto es de tornar aquella cosa misma que vendió, si la pudiera haber en alguna manera. E si haber non la pudiere debe dar por ella, tanto quanto más pudiere valer, a aquél que venció la herencia por juicio”.

Es decir, que la Ley V recoge el mismo pensamiento del texto de ULPIANO si el heredero aparente es de buena fe no debe sufrir perjuicio y así habrá de comprarla otra vez y devolverla al heredero real si el precio es igual o inferior al recibirlo, en otro caso solo queda obligado a devolver el precio que recibió por ella. En este sentido la glosa de GREGORIO LÓPEZ (41).

Esta Ley rigió, como derecho supletorio, tal como desde el Ordenamiento de Alcalá, pasando por las Leyes de Toro, La Nueva Recopilación hasta la Novísima de 1805, se estableció para las Partidas, hasta la publicación del Código Civil, que en su artículo 1.976 vino a derogar todas las Leyes, usos, costumbres del Derecho Civil común tanto en su carácter de directamente aplicables como en su carácter de Derecho supletorio, en consonancia con el ideal que presidió la Codificación: Leyes universales y únicas valederas en todo tiempo y lugar. Pero el Código Civil al no regular la *petitio hereditatis*, creó una laguna que hemos de llenar acudiendo a los principios generales del Derecho a que se refiere el artículo 1.4 del Título Preliminar: “Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”. Estando constituidos los principios generales del Derecho en su núcleo central por la tradición histórica (42) en la que se apoya el Código Civil, la tradición jurídica castellana, y siendo el Código de las Partidas parte fundamental de la misma, esta regla que examinamos, la Ley V del tomo XIV, Partida VI, está presente a través de los principios generales en el Ordenamiento jurídico español y es aplicable en base al artículo 1.4 del Título Preliminar. De este modo adoptamos una solución que está en consonancia con el sistema de fuentes adoptado por las Compilaciones forales, caracterizadas como cuerpos legales por su historicidad, las cuales remiten a sus propias tradiciones jurídicas (43) y realizamos una

(41) *Las Siete Partidas*, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio LÓPEZ, Salamanca, 1555, reimpr. 1974.

(42) Entendida como tradición culta. Sobre principios y tradición jurídica, DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, págs. 478 y sigs., en particular págs. 483, 485

(43) Todas las compilaciones, a excepción de la vizcaína-alavesa y de la balear; así el artículo 2.º de la compilación gallega, artículo 1.º de la aragonesa, artículo 1.º de la castellana, Leyes 1.ª y 6.ª de la navarra. No obstante, el artículo 1.º, párrafo 2.º, de la compilación de Baleares, en su nueva redacción dada por la Ley de 28 de junio de este año, remite asimismo a “la tradición jurídica de las islas”.

labor interpretativa conforme al criterio jurisprudencial de interpretación conjunta de todos los derechos particulares integrantes del ordenamiento jurídico español.

Así podemos concluir que si el artículo 989 CC establece la retroactividad de la aceptación y por otra parte nadie puede transmitir más derechos de los que tiene, si queremos llenar esa laguna relativa a los actos del heredero aparente de buena fe, hemos de acudir al Derecho histórico y este Derecho proclama la validez de tales enajenaciones a título oneroso cuando el vendedor es de buena fe.

## B) OTROS CASOS SEMEJANTES EN LOS QUE SE PROTEGE LA BUENA FE: ¿ANALOGÍA IURIS?

### 1. *Artículo 1.738: El mandatario aparente*

El artículo 1.738 del CC dispone: “Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe”.

Este artículo contempla un caso especial de concurrencia de buena fe tanto en el mandatario como en el tercero que con él contrata según entiende la mejor doctrina (44) y la jurisprudencia, con algún pronunciamiento en contra, dando lugar por un lado a un caso de aplicación de buena fe en sentido subjetivo y de otro a uno de los pocos supuestos en que se protege la apariencia en sentido estricto, es decir al tercero (45).

La buena fe del mandatario que es lo que a nuestros efectos interesa, aparece descrita de forma muy precisa: “ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato”. Es uno de los casos más claros de buena fe subjetiva, que justifica un precepto excepcional como el que comentamos en atención a la buena fe del mandatario, si bien aquí se complementa con la concurrencia de la buena fe en el tercero. Es de acuerdo con JORDANO cuando, después de decir que se trata de un precepto excepcionalísimo, afirma que ese poder dispositivo continuado *ex lege* en atención a la *bona fides* del mandatario y de los terceros “ningún otro artículo (le) concede al heredero aparente” (46), porque no es que estemos utilizando el argumento *a simile* (*ex art. 4.1*) sacándolo de casos

---

(44) DE LOS MOZOS: *El principio...*, pág. 268; JORDANO: *Op. cit.*, pág. 704.

(45) DE LOS MOZOS, pág. 270.

(46) JORDANO: *Op. cit.*, págs. 704-705.

excepcionales (47), lo que no autoriza la propia naturaleza de tales disposiciones, sino que afirmamos que en nuestro ordenamiento existe una laguna que hay que llenar, y para ello propugnamos una solución cuyo espíritu no es extraño a otros casos semejantes, ciertamente excepcionales, que si tuvo a bien recoger nuestro Código, y que estudiados en su conjunto revelan que en el ordenamiento jurídico español se halla presente un principio general de Derecho favorable a la protección de la buena fe del disponente, cuando éste carece de poder de disposición, con el fin de que no sufra perjuicio alguno, por ello no puede hablarse de analogía *legis*, *ex* artículo 4.1 del TP, sino más bien de analogía *iuris* (48) pensando en lo que hubiera dispuesto el Código de haber regulado expresamente los efectos derivados del ejercicio de la *petitio hereditatis*, pero conscientes de la dificultad del argumento acudimos a otros argumentos de mayor entidad para llenar tal laguna, como puede ser el argumento histórico o el del heredero del declarado fallecido, que a nuestro juicio es un caso particular de heredero aparente, que autorizaría la aplicación del artículo 4.1 a los demás supuestos de herederos aparentes.

Por otro lado, este artículo hay que enmarcarlo ciertamente junto a otros artículos que contemplan excepciones a la disciplina general del mandato que se concreta en su carácter personalísimo y en su natural revocabilidad (art. 1.732 CC), así el artículo 1.734: “Cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber” o el artículo 1.718.2 que dice que el mandatario “debe también acabar el negocio que ya estuviese comenzado al morir el mandante si hubiera peligro en la tardanza” (49).

Por último decir que su ámbito de aplicación se extiende tanto a muebles como a inmuebles.

## 2. *Artículo 1.778: El heredero del depositario*

El artículo 1.778 dispone: “El heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo está obligado a

---

(47) No olvidemos el artículo 6.3 TP: “Los actos contrarios a las normas imperativas... son nulos de pleno derecho salvo que se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”; y el artículo 4.2: “Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

(48) Para la distinción entre ambas, CASTÁN, Parte General, Madrid, 1975, revisado por DE LOS MOZOS, págs. 547-548.

(49) Véase DE LOS MOZOS: *El principio...*, pág. 268.

devolver el precio o a ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado”.

Para unos este artículo supone una aplicación del 464 CC, ésta es la tesis de HERNÁNDEZ GIL (50). Pero poco tiene que ver con la adquisición de muebles, porque si bien el depósito sólo puede ser de muebles (art. 1.761 CC) y sin duda da lugar a una adquisición a *non domino* por vía indirecta, que con VALLET podemos calificar mas bien de un supuesto de irreivindicabilidad, que no convalida la adquisición del tercero, la verdad es que este precepto recoge un supuesto de protección de la buena fe en sentido subjetivo: la del heredero del depositario que ignora que la cosa está depositada.

Vuelve de nuevo a definirse la buena fe: ignorancia del carácter del bien como cosa depositada. Sin duda encuentra su justificación en la forma de adquisición de la posesión de los bienes hereditarios conforme al artículo 440: “La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida sin interrupción al heredero y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia” (51). De este modo el error viene facilitado o promocionado por la circunstancia de tratarse de un bien que se encuentra en la herencia, cuya posesión se entiende transmitida sin interrupción junto a los demás bienes hereditarios, cuando por otro lado se transmiten también las obligaciones que no sean personalísimas (arts. 659 y 1.112 CC), originando un conflicto que el legislador resuelve en favor del heredero y en cierto modo en perjuicio del depositante, aunque tiene derecho al precio o a las acciones que tenga el heredero para hacerlo efectivo.

Por otra parte el paralelismo con el caso del heredero aparente que vende creyendo ser heredero es evidente, sólo que aquí se trata de un verdadero heredero que también vende algo que no es suyo, el resultado final es el mismo y el error tiene el mismo origen: creencia en un poder de disposición inexistente (bien por no ser heredero verdaderamente, bien por no formar parte de la herencia) y la solución debe ser en ambos casos la misma: protección de la buena fe, impidiendo que quien sufrió el error sin culpa suya salga perjudicado, aunque tampoco enriquecido.

---

(50) HERNÁNDEZ GIL: “De nuevo sobre el artículo 464 del Código Civil”, *RDP*, 1945, pág. 427.

(51) En este sentido, DE LOS MOZOS: *El principio...*, pág. 195. Sobre la naturaleza de la adquisición de la posesión de los legados, también DE LOS MOZOS: “La adquisición de la posesión en los legados”, en *ADC*, 1962, págs. 865 y sigs.

### 3. *Artículo 1.897: El acreedor indebido de buena fe*

“El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus accesiones, en cuanto por ellas se hubiera enriquecido. Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo” (art. 1.897 CC).

Este artículo supone una excepción a la disciplina normal del pago o cobro de lo indebido, que se recoge en el artículo 1.895: “Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla”, y viene a establecer la regla de incompatibilidad entre la falta de causa, (ya que nos movemos en el ámbito de las obligaciones extracontractuales, en las que falta la causa, la justificación de la atribución patrimonial ante el ordenamiento), y la buena fe, por cuanto la buena fe se encuentra relacionada con el propio fundamento del negocio y por tanto con su causa. Pero no obstante esto existen excepciones a este principio general recogidas en los artículos 1.899 CC (que no estudiaremos) y en éste que comentamos: el artículo 1.897 CC, en base a la buena fe del acreedor.

Nos encontramos de nuevo con un caso de protección de la buena fe conforme a la tradición romanista, recogida también en el artículo 1.380 del Code Civil (52). Este viene a ser también el criterio sostenido por JORDANO cuando dice que este artículo no es un artículo de terceros, los cuales adquieren en firme del presunto acreedor, ya que estamos ante un supuesto “en el que se mantienen las enajenaciones a título oneroso de los terceros con tal que el enajenante sea de buena fe” (53).

La causa, en el sentido de justificación de este precepto, la explica LACRUZ diciendo: “Que si se concediere al *solvens* acción reivindicatoria contra el tercero, la evicción producida entonces daría lugar a una responsabilidad del *accipiens* distinta y más grave de la prevista por el artículo 1.897 contra la evidente intención del legislador de que en ningún caso el *accipiens indebiti* de buena fe resulte perjudicado” (54). Así, dice DE LOS MOZOS: “De ahí la expresión utilizada por el propio artículo 1.897 de que ‘sólo responderá...’” (55). No puede haber más paralelismo con la justificación que del caso del heredero aparente hacían las fuentes. Y, además, GARCÍA GOYENA justificaba este artículo diciendo que “en el que paga lo que no debe hay siempre algo de negligencia, o por lo menos un error que

---

(52) DE LOS MOZOS: “El pago o cobro de lo indebido”, en *RDP*, julio-agosto 1988, especialmente págs. 664-665.

(53) *Op. cit.*, pág. 706.

(54) Citado por DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, pág. 665.

(55) DE LOS MOZOS: *Op. cit.*, pág. 665.

debe imputarse a sí mismo y del que no puede ser víctima el acreedor de buena fe". También se da algo de esto en el heredero verdadero que a lo mejor deja correr el tiempo sin reclamar la herencia, dando lugar a que otro de buena fe se crea heredero.

Paralelismo que de nuevo encontramos al analizar los efectos (56). Sabemos que de las obligaciones extracontractuales, en las que se produce un desplazamiento contractual patrimonial directo, surge una acción personal, la *condictio*, pues bien en el caso del artículo 1.897 se reduce a una acción dirigida contra el *accipiens* enajenante a fin de obtener el precio o la acción para hacerlo efectivo; y es que, como hemos visto decía JORDANO y ya antes GARCÍA GOYENA, "la venta queda firme y el comprador no puede ser inquietado por el dueño de la cosa" (57).

Por último, decir que por buena fe en el caso presente a falta de una definición de la misma, como en casos anteriores, se entiende según la jurisprudencia como ausencia de engaño o fraude, lo que explica DE LOS MOZOS diciendo que "parece natural y lógico, pues sirve para configurar el error del que paga, de cuya permanencia en el mismo deriva la obligación especial de resarcimiento o devolución de los artículos 1.896 y 1.897 según los casos, siendo importante en este sentido la Sentencia de 7 de julio de 1950" (58).

#### C) UN SUPUESTO PARTICULAR DE HEREDERO APARENTE DE BUENA FE. EL HEREDERO DECLARADO FALLECIDO (ART. 197 CC)

El artículo 197 del Código Civil dispone: "Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto".

Se trata de un supuesto en que la figura del heredero aparente de

---

(56) CICU pone de manifiesto el paralelismo entre el artículo 535 del Codice italiano, que regula la situación del poseedor de buena fe, y el artículo 2.038 del mismo para el cobro de lo indebido de buena fe. "En nuestro caso el poseedor no ha recibido: en cambio ha considerado que, como heredero, podía tomar posesión, gozar y disponer de bienes; pero se encuentra en la misma situación de quien ha recibido una cosa a la que no tiene derecho. El artículo 2.038, los demás artículos (sobre repetición de lo indebido) valdrán para resolver por lo tanto las cuestiones no resueltas por el artículo 535", *op. cit.*, pág. 497.

(57) En DE LOS MOZOS. *Op. cit.*, pág. 665.

(58) DE LOS MOZOS: *El principio...*, pág. 222.

buena fe se haya regulada expresamente por el Código Civil, aunque para un supuesto especial (59).

Decimos que se trata de un supuesto especial de heredero aparente de buena fe porque en los casos normales de heredero aparente de buena fe la ignorancia de los vicios que sirve para configurar la buena fe recae sobre el título, sea la Ley o el testamento. El testamento o el llamamiento legal es ineficaz, bien porque hay un testamento posterior o el anterior es nulo por defectos de forma o por vicios de la voluntad (arts. 687, 673 CC), bien porque hay un pariente de mejor derecho. Mientras que aquí no es que el testamento o el llamamiento legal adolezca de algún defecto o sea nulo, sino que falta el presupuesto fundamental para que se dé la sucesión de una persona: "Nadie puede aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia" (art. 991 CC). De modo que si en aquellos casos lo que faltaba era "el derecho a la herencia", en este caso lo que no se da es la muerte del causante; pero en ambos casos se produce una situación de heredero presunto o aparente. La especialidad de este supuesto está en que habiéndose declarado por el Juez el fallecimiento y procediéndose a continuación a la apertura de la sucesión en favor del nombrado en el testamento por el desaparecido o el llamado por la Ley conforme al artículo 196 CC, la buena fe del heredero es una buena fe reforzada por el auto del Juez en que se declara el fallecimiento (60). Así, podemos hablar de un "superheredero aparente de buena fe" y las consecuencias en orden a devoluciones son las ya transcritas conforme al precepto citado, sin perjuicio de que puedan también ceder las acciones para hacer efectivo el precio; así lo entendemos por aplicación analógica de los demás casos de protección de la buena fe del heredero presunto o aparente.

Precisamente el hecho de que sea el propio dueño de los bienes quien haya de ejercitar la acción para recuperar los bienes es lo que hace que se nos haga difícil llamar a la acción *ex* artículo 197 CC acción de petición de herencia; pero nada obsta a que, "salvada la pureza dogmática y terminológica" (61), no podamos entender esta acción como una acción de petición de herencia.

---

(59) En el Derecho extranjero así lo ha considerado, entre otros, por todos, MIDIRI: *Op. cit.*, pág. 338.

(60) Cabe la posibilidad de que se produzca una nueva situación de heredero aparente por haber varios testamentos del declarado fallecido o un pariente de mejor derecho. MUCIUS SCAEVOLA dice que los efectos de este artículo 197 se producen "cuando se prueba la existencia del declarado fallecido o cuando aparezca un instituido heredero en testamento otorgado por el ausente" (*Código Civil*, t. III, 5.ª edición, Madrid, 1942, pág. 886).

(61) Esta es la opinión de SANCHO REBULLIDA: "Las acciones de petición de herencia en el Derecho español", *RGLJ*, septiembre 1962, págs. 43-44. Este también es el

Por lo demás, la situación del heredero del declarado fallecido está sujeta a un término incierto, lo que hace que haya de regirse por las reglas de las condiciones: "Si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional y se regirá por las reglas de la sección precedente" (art. 1.125, último párrafo). Pero no debemos olvidar que los efectos de la resolución se producen *ex nunc* como en el caso análogo de la revocación de donaciones por supervivencia o supervenencia de hijos (arts. 644-645 CC) (62).

Por último, hay que señalar que tienen razón quienes, como JORDANO (63), rechazan la aplicación analógica de este artículo para fundamentar la validez de las adquisiciones hechas por terceros como un medio de protección de la apariencia (64), porque no es al tercero a quien se protege, sino al heredero aparente en base a su buena fe; por ello plantearse si el heredero del declarado fallecido es un simple "adjudicatario" de los bienes (65) o, por el contrario, un auténtico heredero (66), es una tarea inútil desde esta nuestra perspectiva; por ello no nos lo hemos planteado, en general, al hablar del heredero aparente de buena fe, porque resulta claro que no es la naturaleza del derecho que ostenta el heredero presunto, lo que origina determinados efectos, sino la situación por él protagonizada la que produce tales efectos en base a la buena fe y concurriendo la *eadem ratio* en los demás casos de heredero aparente de buena

---

criterio de ROCA SASTRE, que afirma que la acción de recobro ex artículo 197 tiene un juego bastante análogo al de la petición de herencia. Anotaciones al Kipp, "Derecho de sucesiones", Barcelona, 1976, pág. 192, afirmando más abajo, en la página 204, que "no cabe duda de que se trata de una situación de heredero aparente". En el Derecho alemán se habla de una especie de *hereditatis petitio utilis*.

(62) SERRANO dice que la situación del heredero del declarado fallecido se parece al fideicomiso de *eo quod supererit* o a la situación del viudo con la reserva ordinaria o al supuesto del 812 (donatario descendiente que muere sin descendientes). *La ausencia en el Derecho español*, Madrid, 1943, págs. 413 y sigs.

(63) *Op. cit.*, pág. 709.

(64) En la doctrina extranjera, JOSSEAND pretendía extenderlo a todo heredero aparente *Cours de Droit civil positif français*, VIII, París, 1930, págs. 548, núm. 1025.

(65) Para MUCIUS SCAEVOla aparece como situación *sui generis*, calificando al heredero como adjudicatario, "llamémoslo así", "no es un estado jurídico, absoluto y definitivo, sino eminentemente relativo y movetizo; ni crea por lo que atañe a los bienes una relación absoluta de dominio, ni siquiera una relación posesoria perfecta". Además, el heredero, continúa, no responde del dolo o culpa grave en el cuidado de los bienes (*op. cit.*, págs. 884 y sigs.).

(66) Criterio mantenido por JORDANO (*op. cit.*, págs. 708-709) siguiendo a SERRANO, para quien "lo que adquiere (el heredero) es el dominio pleno sobre los bienes y derechos de la herencia en la misma extensión que el ausente tuviera. El derecho del ausente... ni la posición jurídica de los herederos del ausente es igual a la de los herederos sometidos a condición resolutoria (*op. cit.*, págs. 413-421). Pero no parece que tal criterio pueda ser mantenido, ya que nadie puede heredar a un vivo, como tampoco el heredero presunto puede heredar sin tener derecho a la herencia.

fe; entendemos que este artículo puede aplicarse analógicamente (*ex art. 4.1*) a todos los demás supuestos de heredero aparente de buena fe.

### OBJETO DE PROTECCION: LA VENTA DE HERENCIA

En cuanto al objeto de los actos protegidos, hemos de decir que vienen circunscritos por el fundamento. Si lo que se protege es la buena fe del disponente, sólo habremos de mantener aquellas enajenaciones por virtud de las cuales pueda sufrir un perjuicio el heredero presunto de buena fe, es decir, las enajenaciones por las que pueda quedar obligado al saneamiento por evicción y las ventas de objetos singulares de la herencia.

Quedan fuera de la protección las enajenaciones a título gratuito y la venta de toda la herencia. El comprador de herencia no quedaba amparado en el Derecho Romano porque se le consideraba un representante de heredero que se colocaba en su lugar.

Pero hemos de comenzar señalando que en temas de venta de herencia se han de separar dos cuestiones que si bien están vinculadas, no por eso se condicionan recíprocamente. Es decir, la cuestión de la legitimación y la de la protección. Aquí nos interesa la segunda; no obstante, nos referiremos también brevemente a la primera.

El Derecho Romano concedió al heredero real (fr. 13, 4, Dig. de heredit. pet. 5.3) una *hereditatis petitio utilis* para evitarle los perjuicios y molestias de tener que reivindicar uno a uno los objetos singulares de la herencia, sin perjuicio de que así pudiese hacerlo si le convenía mediante la *reivindicatio*.

Este criterio está recogido en el Código alemán y el italiano, con las limitaciones que hemos visto, y por lo que se refiere al Derecho español, en la Compilación catalana (art. 275).

La doctrina española aparece dividida en este tema. Mientras que la mayor parte de la doctrina (67) entiende que tratándose de un adquirente a título singular del heredero aparente no procede contra él más que la acción reivindicatoria, ROCA SASTRE sostiene la legitimación del comprador de herencia basándose en la jurisprudencia y en el carácter de universalidad con que se impregnan tales contratos de venta de herencia (68).

Nosotros nos inclinamos por esta segunda postura por la sencilla razón de que si por la venta de herencia el comprador se coloca en la misma posición que el heredero aparente, hasta el punto que adquiere también las deudas (arts. 1.533-1.534 CC), salvo en todo aquello que por derivarse

---

(67) GULLÓN: *Op. cit.*, pág. 219; SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, pág. 51.

(68) ROCA en KIPP: *Op. cit.*, pág. 196.

del título de heredero tenga un carácter personalísimo, no vemos por qué no ha de poder estar legitimado pasivamente en el ejercicio de la *petitio hereditatis* cuando además, y con independencia de este argumento sustantivo, es mucho más práctico para el verdadero heredero como ya entendió el Derecho Romano.

La otra cuestión, que es la que aquí interesa salvada la primera puramente formal, es la de la protección a los efectos del objeto o ámbito de aplicación de la tesis sostenida en este trabajo.

En esta cuestión chocan dos grandes corrientes:

a) Por un lado, el Derecho francés, la doctrina y la jurisprudencia francesas, ante la ausencia de una regulación legal del tema, entienden que la protección que se dispensa al adquirente a título oneroso de buena fe de objetos singulares de la herencia no puede extenderse al comprador o cesionario de toda la herencia. Utiliza la doctrina francesa varios argumentos (69), de los que se pueden destacar el relativo a la representación del heredero aparente y el de la oportunidad. El primero se centra en la consideración de que el adquirente al representar al heredero aparente no puede invocar la condición de tercero. Esta idea es la que llevó a conceder en el Derecho Romano al heredero real la *petitio h. utilis*. Y el segundo argumento es precisamente la falta de interés legítimo en el cesionario o comprador, ya que no puede ampararse en la apariencia hereditaria por la propia naturaleza del acto adquisitivo, que siendo de naturaleza especulativa él sólo debe soportar los riesgos.

b) Por otro, el Derecho italiano, que tanto en el Código del 65 como en el del 42 protege también al comprador de toda la herencia (70). No obstante, es preciso tener en cuenta que la protección está condicionada, en éste como en el caso de adquisición a título singular, a que se pruebe la buena fe, y que tratándose de inmuebles o muebles registrales se inscriba tanto en el título del transmitente como del adquirente.

¿Qué pasa en el Derecho español? La doctrina es contraria a la protección del comprador de toda la herencia, ni aun en el caso de que, conforme a los artículos 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria, se haya anotado el derecho hereditario y luego, como autoriza el mismo artículo 46, último párrafo, se haya transmitido a un tercero (71). La razón de que esto sea así se debe

---

(69) Véase JORDANO: *Op. cit.*, pág. 695. También se alude a la responsabilidad en caso de evicción, 1696 Code Civil (1.531 nuestro), y al derecho de retracto de coheredero, 841 del Code Civil (1067 nuestro).

(70) Para esto véase MIDIRI: *Op. cit.*, pág. 346, y más abajo, pág. 352, no siendo obstáculo, a su juicio, el artículo 1.545 (nuestro 1.531), ya que está pensando en la evicción de alguna cosa singular.

(71) Sobre anotación preventiva del derecho hereditario, A. M.<sup>a</sup> DE LOS MOZOS TOUYA: *RCDI*, 1982, págs. 1423 y sigs.

a la inadecuación de los principios hipotecarios que actúan respecto de cosas singulares, la finca, a los negocios que tienen por objeto una universalidad de bienes. En este sentido se pronuncia ROCA SASTRE (72).

Pero existen otras razones para no proteger al comprador de toda la herencia. JORDANO, después de criticar los argumentos utilizados por la doctrina francesa, se adhiere no obstante a la postura negativa alegando un argumento que también recoge la doctrina francesa: la falta de un interés legítimo en el comprador merecedor de tal protección: "Por vía de regla, el *emptor hereditatis* es un aventurero que corre el riesgo de no haber adquirido más que de una masa de deudas... o una herencia aparente" (73). Porque en definitiva el comprador del *nomen hereditario* se ampara no en la posesión de cosas hereditarias, sino en la *possessio* de una cosa incorporal, por lo que debe exigírsele el máximo cuidado en averiguar el título del transmitente (74).

En el fondo esta postura no está tan lejos del argumento de la representación del Derecho Romano, el comprador de herencia representa al heredero aparente y no podrá ser protegido. Y así ocurre en la realidad, ya que si por virtud de la compra o cesión de herencia el comprador se coloca en el mismo lugar que el heredero aparente, salvo en todo aquello que tenga carácter personalísimo derivado del título de heredero, y aun entonces sería discutible (derecho de acrecer, etc.), posición que aparece recogida en los artículos 1.533 y 1.534 del Código Civil, es lógico que no goce de más protección que la de su causante (heredero aparente) y que contra él no pueda invocar más que la protección que le otorga el artículo 1.531 del Código Civil en relación con el artículo 1.532 del mismo, es decir, sólo podrá exigir la evicción de cosas singulares.

### EFFECTOS DE LA PROTECCIÓN DISPENSADA A LA BUENA FE

La Sentencia de 12 de marzo de 1958 señaló que los actos de enajenación del heredero aparente no son inexistentes mientras tal heredero ostentó título de derecho, como lo es el testamento ológrafo protocolizado y declarado nulo más tarde, por lo que los terceros que con él concluyeron el contrato de compraventa tienen en él un justo título para la usucapión, pues se trata de un contrato idóneo para transmitir directamente el domi-

---

(72) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, págs. 73 y sigs.; también, véase JORDANO: *Op. cit.*, pág. 698.

(73) JORDANO: *Op. cit.*, pág. 699.

(74) JORDANO: *Op. cit.*, pág. 699.

nio sin la tara de la anulabilidad (75). De la usucapión hablaremos más tarde; lo que aquí nos interesa poner de manifiesto es cómo la sentencia dictada intuyó perfectamente lo que ocurría en este caso: "Los actos de enajenación... no son inexistentes mientras tal heredero ostentó título de derecho", no quiere decir que tales actos sean inexistentes, porque más bien son nulos de pleno derecho: "Los actos contrarios a las normas imperativas y dispositivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellos se establezca un efecto distinto para el caso de contravención" (art. 6.3, Título P), ya que nadie puede dar lo que no tiene, y el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla (art. 348, párr. 2), sino que no lo son (inexistentes) "mientras que tal heredero ostentó título de derecho", con lo cual la sentencia está describiendo los efectos de los actos nulos de pleno derecho, como son los actos de enajenación del heredero aparente, a los que se refiere el artículo 6.3 del título preliminar, *in fine*, al decir: "Salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención" (76).

Dicho esto, podemos decir que las reglas por las que han de regirse las relaciones entre el heredero real y el aparente son, en primer término, el artículo 197 del Código Civil (*ex art.* 4.1 del mismo Código); en segundo lugar, las Leyes 4 y 5 de la Partida VI, Título XIV, la primera relativa a "cómo debe de entregar los bienes de la herencia del heredero aquel que es tenedor de ella" en orden a frutos e impensas" (77), la segunda relativa

---

(75) La Resolución de 17 de marzo de 1919 también afirmaba en uno de sus considerandos: "... porque el heredero aparente cuyo carácter esté acreditado en forma auténtica puede provocar transferencia de los inmuebles incluidos en la masa sin perjuicio de las acciones de nulidad que la Ley Hipotecaria reserve al heredero real..."

(76) Para una distinción de los conceptos de inexistencia y nulidad radical y absoluta, DE LOS MOZOS. "La inexistencia del negocio jurídico", en *RGLJ*, abril 1960, I, págs. 3-60. También en CASTÁN *Derecho civil español*, t. I, vol. II, págs. 920 y sigs., especialmente págs. 927-928.

(77) Sólo tiene que restituir los frutos existentes al tiempo de la demanda (arts. 451-452 y SS. 6 julio 1899 y 12 octubre 1901). Esta Ley dispone. "Entregando el Juez de la herencia del finado, a aquél que oviese derecho dela aver, devele otrosí mandar entregar, de los frutos della. Pero enestos frutos ha departimiento. Ca si aquel que era tenedor de aquella heredad, oviese despendido los frutos que cogió, o OVO della, aviendo buena fe en teniendo la, cuidando que era suya, entonce non sería tenudo de dar la estimación dellos mas bien sería tenudo de dar los que non oviese despendido, si algunos le fincasen en el tiempo, que el pleito fuese comeniado sobre la heredad, o en el que fue dada la sentencia sobre ella. E este que era tenedor de la heredad, debe sacar de los frutos las despensas que ovire fechas, en labrar la, o en razón de coger los frutos della. Ca según dixeron los sabios antiguos, aquello es llamado fruto, que finca en salvo a aquél que lo gogió, sacadas las despensas que fizo por razón del. Otrosí dezimos, que seyendo negligente, o perezoso, aquel que tiene la herencia, de alguno que fuese finado, non la alifando en la labrar, como deviese, si este oviese buena fe en teniendo la, cuidando que era suya, o avía razón derecha dela tener, entonce dezimos que si el oviese a entregar al heredero por mandato del juez tal herencia, non sería tenudo de

a lo que ha de devolver el que tiene los bienes de la herencia si enajena alguna cosa de ella. Y, además, las reglas relativas a la posesión de buena fe (arts. 451 y sigs. del CC), juntamente con las del cobro de lo indebido, especialmente el artículo 1.897 del Código Civil para el caso de enajenación (78).

En orden a las restituciones a que queda obligado el heredero aparente, dejando al margen todo lo relativo a restituciones de frutos, abono de mejoras útiles, etc., para lo que nos remitimos a la doctrina general de la posesión de buena fe (arts. ya citados 451 y sigs. CC), se han planteado dos cuestiones principalmente:

- 1.<sup>a</sup> ¿Qué se ha de devolver?
- 2.<sup>a</sup> ¿Cuánto se ha de devolver?

Respecto a la primera de dichas cuestiones, el artículo 197 del Código Civil establece que el heredero del declarado fallecido habrá de devolver los bienes "en el estado en que se encuentren" o bien el precio de los que se hubieran vendido o los bienes que con este precio se hayan adquirido. La Ley de Partidas, por su parte, obliga al heredero aparente a comprarla y devolvérsela al verdadero heredero cuando pudiera comprarla por el mismo precio o por precio inferior en otro caso, es decir, cuando el precio fuese superior sólo queda obligado a entregar el precio que recibió. De estos dos textos se deduce que el heredero aparente de buena fe ha de devolver los mismos bienes que recibió; no siendo posible por haberlos vendido, deberá comprarlos de nuevo si el precio es igual o inferior o igual al recibido; cuando esto no sea posible por ser el precio superior al recibido o porque no pueda por cualquier causa adquirirla de nuevo, queda obligado a devolver el precio que recibió por él, que es la medida del enrique-

---

darle los frutos, que pudiera esquilmar della, si la oviesse labrada. Ca pues que el buena fe avía, en teniendola, non semeja que el dexava de la labrar por facer engaño a otro: mas dexava la come ome que dexa a las vegadas su heredad, que la non labra por non poder, o por otra razón. Mas si oviesse mala fe en teniendo tal heredad, si juyzio fuere dado contra el, que la desampare, este a tal es tenuto de entregar la heredad con todos los frutos que el esquilmo della, también los despendidos como los otros, que tuviese estonce e aun con las rentas, e los frutos, que pudiesen ser sacados della, si la oviesse labrada, porque non avía derecha razón nin buena fe en teniendo la herencia del finado. Pero éste atal las despensas que fizo por mejoramiento delos bienes dela herencia, por razón dela alfiar, o de coger los frutos, bien las puede tener e sacar dellos". Esta Ley es recogida por la Sentencia de 27 de octubre de 1900. No obstante, en contra la de 29 de abril de 1917 respecto a lo que ha de devolverse.

(78) En cuanto a la aplicación de las reglas del cobro de lo indebido, se puede ver LACRUZ-SANCHO: *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1971, pág. 311. También vimos cómo éste era también el criterio de CICU *Op. cit.*, pág. 497.

cimiento (*pretium succedit in locum rei*) (79). También cuando hubieran sido expropiados o destruidos los bienes por causa de siniestro habrá el heredero aparente de devolver el importe de la indemnización. Cuando los bienes hubiesen sido sustituidos por otros por causa de permuta forzosa o voluntaria, deberá devolver los bienes que en su lugar le hayan entregado (*res succedit in locum rei*). Y por último, *ex* artículo 197 del Código Civil en relación con el artículo 4.1 del mismo Código, el heredero aparente de buena fe podrá entregar en lugar del precio los bienes que con ese precio se hayan adquirido (*res succedit in locum pretii*), medida establecida en beneficio del heredero del declarado fallecido para impedir que pueda sufrir el más mínimo perjuicio; piénsese en que no pueda entregar el numerario que recibió por no tener dinero disponible en su patrimonio y que nosotros entendemos aplicable a los demás supuestos del heredero aparente, en los que también beneficiará al verdadero heredero, que, como mínimo, podrá dirigirse contra esos bienes (80).

Sin duda, creemos que siempre que el heredero aparente de buena fe tenga que devolver el precio podrá ceder las acciones para hacerlo efectivo, ya que aunque no se establezca en el artículo 197 CC, se trata de una medida lógica que en definitiva trata de colocar al verdadero heredero en la posición jurídica del heredero presunto o supuesto respecto de los bienes procedentes de la herencia (arg. arts. 1.778, 1.897 CC en relación con 4.1 del mismo).

En relación a la segunda de las cuestiones planteadas, ¿cuánto se ha de devolver?, GULLÓN (81) entiende que ha de devolverse el precio íntegro en base a los artículos 197 y 1.897 del Código Civil que habla de la devolución del precio. LACRUZ habla del verdadero valor citando a continuación a GULLÓN, dando a entender que se trata del valor actualizado de los bienes (82). Pues bien, no parece que sea éste el criterio de las fuentes ni el que podemos deducir del Código Civil. Tanto en aquéllas como en éste la cuantía de lo que hay que devolver se pone en la medida del enriquecimiento, haciendo así de límite a la devolución; y así, la Ley 5 señala que si el heredero de buena fe no pudiese adquirir la misma cosa por igual o inferior precio al recibido, ha de devolver el precio que recibió, el artículo

---

(79) También se establece para los supuestos de los artículos 1.778 y 1.897, éste además dispone: "... sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta (la cosa) y de sus accesiones en cuanto por ellas se hubiese enriquecido".

(80) Sobre aplicación del principio de subrogación real, puede verse GULLÓN: "La acción de petición de herencia", *ADC*, 1959, págs. 226-227; ROCA: *Notas al Kipp*, pág. 206; VALLET: *Op. cit.*, pág. 653; LACRUZ: *Op. cit.*, pág. 331. Compilación catalana, artículo 275. Una voz discordante en la doctrina extranjera SCHLESINGER: *La petizione de eredità*, Torino, 1957, págs. 108 y sigs.

(81) *Op. cit.*, pág. 227.

(82) *Op. cit.*, pág. 311.

197 CC habla de los bienes “en el estado en que se encuentren”, y el artículo 1.897 CC dice que el que recibió alguna cosa que no había derecho a cobrar, “sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de éstas y de sus accesiones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido”(83), de todos los cuales se desprende la obligación de restituir sólo aquello en que el heredero de buena fe se hubiera enriquecido, sin que pueda plantearse la posibilidad de atender al verdadero valor o valor actual de los bienes en el momento de la restitución, criterio que aparece confirmado por la misma Ley 5 cuando al hablar de lo que ha de restituir el heredero de mala fe le obliga a devolver “tanto quanto mas pudiere valer”.

Si hasta aquí hemos hablado del heredero de buena fe, nosotros, haciendo un juego de armonística jurídica, podemos decir que si el caso del heredero aparente de buena fe encuentra su regulación paradigmática en la figura del heredero del declarado fallecido, el caso del heredero aparente de mala fe la encuentra en la posición del indigno: artículo 760 CC, según el cual el indigno que hubiese estado en la posesión de bienes, heredero aparente de mala fe, queda obligado a restituirlos con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido”.

Otra cuestión que se ha planteado es la de la usucapión por parte del heredero aparente de buena fe. Hemos empezado este apartado citando una sentencia del Tribunal Supremo relativa a la posibilidad de usucapión por el tercero adquirente de los bienes de un heredero aparente, de modo que si bien es posible la usucapión en el tercero por ser el contrato de compraventa un título justo (art. 1.952 CC), el heredero aparente de buena fe, mientras se mantenga en ella, no puede usucapir cosa alguna ya que funciona respecto de la misma como dueño, y nadie puede por definición adquirir lo que ya tiene, a menos que producida la *interversio possessionis* por la pérdida de la buena fe, pueda el ya heredero aparente de mala fe acudir a la prescripción extraordinaria (art. 1.959 CC) (84).

Finalmente, queda por plantearnos qué pasaría si el comprador del heredero aparente de buena fe es de mala fe. En principio, pensamos que el verdadero heredero tendrá dos acciones: una, contra el heredero aparente por el precio, y otra, reivindicatoria contra el tercero para recuperar la cosa (85), sin que éste tenga derecho al saneamiento por evicción al no poder alegar su propia mala fe (arg. art. 1.306, regla 2.ª, en relación con el art. 4.1, Tít. Prelim.: “Cuando esté de parte de un solo contratante [si

---

(83) En este mismo sentido VALLET: *Panorama del Derecho de sucesiones*, Madrid, pág. 653. Este era también el criterio de ROYO MARTÍNEZ: *Derecho sucesorio*, pág. 307.

(84) También cabría la posibilidad de que, extinguida la acción de petición de herencia por el transcurso de los treinta años (arts. 1.930, párr. 2.º, y 1.963, párr. 1.º, CC) la posición del heredero aparente de buena fe deviniera inatacable.

(85) En este sentido CÍCU: *Op. cit.*, pág. 498.

el hecho en que consiste la causa torpe no constituye delito ni falta], no podrá éste repetir lo que hubiese dado en virtud del contrato ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido...”).

### LA LEY HIPOTECARIA Y EL PROBLEMA DEL HEREDERO APARENTE

La Ley Hipotecaria dedica el artículo 28 a regular los efectos de las adquisiciones hereditarias respecto de tercero; dice así: “Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptuándose las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos”.

Este artículo arranca de la discusión parlamentaria de la Ley de 1861 en la que el diputado Marichalar, para resolver el problema derivado de la existencia de un testamento desconocido, propuso en la sesión de 11 de enero de 1861 la creación de un Registro testamentario, a lo que se opuso el señor Permanyer por estimar que en virtud del Derecho civil de base romana los adquirentes de buena fe del heredero aparente ya estaban garantizados (86). Fue, sin embargo, la Ley Hipotecaria de 1869 la que introdujo esta medida de suspensión de la fe pública registral durante el plazo de cinco años a contar de la fecha de la inscripción. La reforma hipotecaria de 17 de julio de 1877 excluyó del ámbito de este precepto, como contraexcepción a la excepción general que supone este artículo a los efectos de la fe pública registral, las adquisiciones hereditarias a favor de herederos forzosos. El Registro General de Actos de Ultima Voluntad fue creado por Real Decreto de 14 de noviembre de 1885. La reforma de 21 de abril de 1909 redujo a dos los años de la Ley de 1869. Y, por último, la reforma de 30 de diciembre de 1944 estableció el cómputo de los dos años a partir de la muerte del causante, desvirtuando en gran parte los efectos pretendidos por este artículo.

Nos interesa ante todo señalar que el artículo que comentamos supone una suspensión de los efectos normales derivados de la inscripción en favor de tercero, que se concretan fundamentalmente en el principio de la fe pública registral (art. 34 LH) durante el plazo de dos años, a contar a partir de la muerte del causante (87). Tal medida está justificada en el

---

(86) Para esto Jerónimo GONZÁLEZ en *Estudios*, III, cap. XXVI, “El Registro de Actos de Ultima Voluntad”, págs. 411 y sigs.

(87) ROCA: *Derecho hipotecario*, op. cit., págs. 806 y sigs.

hecho de que las adquisiciones hereditarias en virtud de herencia de origen voluntario, a título de herencia o legado, pueden no ser firmes por la existencia de una revocación posterior o un pariente de mejor derecho; así lo decía la Exposición de Motivos de la Ley de 1869, cosa mucho más difícil cuando se trata de herederos forzosos.

Pero la cuestión que ha sido más discutida por la doctrina es la relativa a quién es tercero: "Se ha convenido por los expositores y por la jurisprudencia en que esos terceros a que se refiere el segundo párrafo del artículo 23 (hoy art. 28) son los herederos de mejor derecho que los que inscribieron primero; y las personas que de ellos pudieran haber adquirido algún inmueble o derecho real, después" (88). Esta opinión ha sido sostenida después, con mayores o menores variantes, por NÚÑEZ LAGOS (89), LACRUZ (90), VALLET (91) y JORDANO con ocasión del estudio tantas veces citado (92).

Frente a esta interpretación, ROCA sostuvo que el tercero al que se refiere este artículo no puede ser otro que el tercero hipotecario del artículo 34, porque para él este artículo (el art. 28) está pensando en la protección del heredero real o, si se quiere, de los adquirentes del mismo; pero cuando habla de tercero respecto del que no surtirá efecto durante dos años la fe pública registral, es el tercero hipotecario que haya adquirido dentro de ese plazo del heredero aparente y de sus causahabientes. "El artículo 28 habla de éste, pero piensa en aquél..." (93).

Y nosotros creemos que ésta es la postura adecuada por dos razones fundamentalmente:

1.<sup>a</sup> Porque el heredero real y el aparente no son terceros entre sí sino que son parte, herederos de una misma sucesión (SS. 16 enero 1883 y 17 marzo 1896), y sus relaciones han de regirse por las reglas del Código Civil, de modo que aquél podrá reclamar contra el heredero aparente en cualquier tiempo, hayan o no transcurrido los dos años (94).

(88) J. MORELL y TERRY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. II, Madrid, 1917, pág. 550.

(89) "El Registro de la Propiedad español", *RCDI*, 1949, págs. 233-234.

(90) *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, en colaboración con SANCHEZ REBULLIDA, págs. 281-282.

(91) *Estudios sobre derechos de cosas*, Madrid, 1973, pág. 347.

(92) *Op. cit.*, pág. 692.

(93) *Op. cit.*, pág. 804.

(94) MORELL se plantea el caso de que el heredero voluntario siga siendo dueño después de los dos años, según el heredero de mejor derecho no puede ya reclamar, si bien dice que el precepto debería reformarse y aclararse, *op. cit.*, págs. 553, 555-556. También la Resolución de 13 de junio de 1874. En contra GALINDO y ESCOSURA, para quienes los cinco años no podían perjudicar al verdadero heredero en sus derechos hereditarios, a los efectos de reclamar la herencia del que figura como heredero inscrito. *Comentario a la legislación hipotecaria*, t. II (3.<sup>a</sup> edición), Madrid, 1986, págs. 407-410.

2.<sup>a</sup> Por una razón lógica: si el tercero fuera el heredero de mejor derecho, si el heredero voluntario fuera heredero forzoso, conforme al párrafo 2 de este artículo, la inscripción surtiría efectos desde la fecha de la misma, en perjuicio del heredero de mejor derecho, cuando únicamente si el heredero aparente que sea heredero forzoso y vendiera a un tercero es cuando éste quedaría protegido en su adquisición desde el comienzo y siempre que reúna los requisitos del artículo 34. Lo mismo podría decirse, de ser cierta la tesis contraria, que transcurridos los dos años el heredero real quedaría privado de la cosa estando todavía en manos del heredero aparente.

Es decir, y a los efectos de la tesis mantenida en este trabajo sobre el heredero aparente de buena fe y en orden a hacerla compatible con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, cuando no hayan transcurrido dos años o transcurridos sin que inscriba el tercero su derecho, entonces el heredero verdadero podrá reclamar y obtener la restitución de su finca o derecho a menos que el heredero aparente de buena fe haya enajenado su finca o derecho, en cuyo caso el tercero quedará protegido aplicándose la solución aquí propuesta, a menos que sea de mala fe, como vimos, porque entonces el heredero real podrá ejercitar la acción reivindicatoria. Mientras que si el tercero inscribe su derecho y transcurren dos años, suponiendo que reúne todos los requisitos necesarios a los efectos de la fe pública registral, quedaría protegido en su adquisición, debiendo aplicarse las normas de la Ley Hipotecaria.

Con todo ello no hacemos más que recordar que la protección a las adquisiciones derivadas de la buena fe no sólo tienen límites internos, sino externos también, y entre éstos están la actuación de un principio superior o una norma rígida que lo impida (95). Así, únicamente cuando se trate de normas que actúan el orden público ha de entenderse la aplicación de la buena fe; y entre las que se citan por la doctrina (LARENZ) están las normas que regulan las consecuencias jurídicas de la inscripción en un registro público. Y VON THUR dice: "La Ley gradúa en cada caso la medida del cuidado que se debe tener en la averiguación de los hechos que exista buena fe. Y así, en algunos supuestos, únicamente el conocimiento de la acción verdadera excluye la buena fe (error que afecta al Registro de la Propiedad, o en la nulidad del testamento, o en la ignorancia de la cesión del crédito) (96).

---

(95) DE LOS MOZOS: *El principio...*, pág. 69.

(96) Además téngase en cuenta el artículo 1.473 del Código Civil, párrafo 2: "Si fuere inmueble la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro".

Por último, recordar que por herederos forzosos hemos de entender únicamente los del artículo 808 del Código Civil, aunque reciban un *quantum* superior a su legítima; así, el artículo 28, párrafo 2, habla de “herencia testada o intestada, mejora o legado a favor del heredero forzoso”. Y dentro de ese término se incluye también el viudo o la viuda por el mismo argumento que en el caso precedente, ya que si tratándose de descendientes y ascendientes no se les aplica el artículo 28 también por lo que reciban por encima de su legítima, con mayor motivo el viudo o la viuda por su cuota legal que tiene carácter imperativo, pudiendo discutirse en todo caso si quedaría excluido por lo que reciba como heredero voluntario (arts. 834 y sigs., en relación con el art. 28, párr. 2) (97).

### DERECHO FORAL

La petición de herencia sólo aparece regulada en la Compilación navarra y en la catalana. La Compilación de Navarra la regula en las Leyes 322-324 a la venta de bienes hereditarios por el poseedor dedica la Ley 323 (98), que dispone: “Cuando el demandado hubiere enajenado bienes de la herencia, deberá restituir lo obtenido por ellos a no ser que los enajenare de mala fe, en cuyo caso responderá de todos los perjuicios que ocasionó”. En cuanto a los frutos y mejoras, se aplicará la Ley 362. “La Ley contempla únicamente las relaciones entre el heredero real y el aparente, pero no deja a salvo las adquisiciones hechas por tercero, por lo que habrán de aplicarse las reglas generales en orden a la protección del tercero (arts. 464 CC y 34 LH).

Donde sí se regulan las relaciones entre el heredero real y el tercero es en el párrafo 4.º del artículo 275 de la Compilación catalana, que dice: “El heredero real no podrá reivindicar de los adquirentes de buena fe y a título oneroso los bienes enajenados por el heredero aparente”. De esta forma, la Compilación catalana contempla un nuevo supuesto de irrevindicabilidad que añadir al artículo 464 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria, y que plantea algunos problemas” (99).

---

(97) No obstante no le consideró heredero forzoso la Sentencia de 11 de mayo de 1909 que declaró nulas las enajenaciones hechas por la viuda al reconocer la existencia de una hija natural antes de los dos años, porque la viuda sólo “puede conceptuarse heredera forzosa en cuanto a su legítima usufructuaria”.

(98) F. SALINAS QUIJADA: *Derecho civil de Navarra*, VI, vol. II, Pamplona, 1977, págs. 539-540.

(99) Para ROCA se trata de adquisición derivada de la apariencia, aunque no obstante “exige” que tenga la consistencia necesaria para hacer crecer con sensatez al tercero adquirente que el enajenante es verdadero heredero”. *Notas al Kipp*, Barcelona, 1951, pág. 391.

El artículo citado destina el párrafo 3.º a regular las relaciones entre el heredero real y el aparente, recogiendo el principio de subrogación real (100): "El heredero aparente que hubiera enajenado bienes de la herencia sólo deberá restituir al heredero real el precio o la cosa que como contraprestación haya obtenido con la enajenación onerosa o lo que haya adquirido con ellos, con subrogación en las acciones para reclamar el precio o cosa que aún se debiere". Lo primero que llama la atención es el uso del término "heredero aparente", revelador en cierto modo del concepto que de esta materia tiene la compilación. El párrafo citado no distingue entre el heredero de buena fe y de mala, como hemos visto hace la Compilación navarra, y así el de mala fe vendrá obligado a entregar no el valor actual, sino únicamente el precio recibido, aunque la compensación vendrá, quizá, por la vía de la indemnización de los daños y perjuicios, conforme al párrafo 5.º de este artículo. Este es el criterio de GUARDIA CANELA (101).

PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS sostienen que el principio general es el de que nadie puede transmitir más de lo que tiene, de modo que las transmisiones realizadas por el heredero aparente son ineficaces (102), con lo que el párrafo 4.º vendría a ser la excepción, configurándose como un caso de adquisición a *non domino*.

Resulta extraño que tal norma aparezca recogida en la Compilación por dos razones principalmente: 1.ª Porque esta protección indiscriminada del tercero sobre la base de la apariencia, que no constituye modo alguno de adquirir (art. 609 CC), es contraria al Derecho Romano en que la protección del tercero se producía de forma refleja, como hemos visto, como derivación de la protección dispensada al heredero aparente, al sistema de transmisión causal conforme a la teoría del título y el modo, y a la propia tradición jurídica catalana de base romana, de tan gran importancia ("para interpretar e integrar esta compilación...", art. 1.º, párr. 2.º, Compilación catalana). 2.ª Porque plantea un conflicto con el artículo 28 de la Ley Hipotecaria de difícil solución, porque ¿qué pasará con la suspensión de efectos durante dos años en perjuicio de tercero? Quizá pudiera pensarse que tratándose de un tercero sujeto a la vecindad civil catalana no jugaría el plazo de suspensión de dos años de la fe pública registral y por tanto quedaría automáticamente protegido. Pero tal solución no parece de recibo, no sólo porque haría de mejor condición al tercero de

---

(100) Véase MEZQUITA DEL CACHO: "La subrogación real en la compilación del Derecho civil de Cataluña", en *La Notaria*, núm. 1, 1962, pág. 3.

(101) J. D. GUARDIA CANELA. "Comentarios a la compilación de EDERSA", Madrid, 1986, págs. 524-527.

(102) PUIG FERRIOL-ROCA TRÍAS: *Institucions del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, 1984, pág. 655.

aquella vecindad respecto de los demás españoles (arg. art. 14 de la Constitución española: "Los españoles son iguales ante la Ley"), sino porque siendo las normas que regulan la publicidad de orden público estaríamos vulnerando el artículo 9.3 de la misma Constitución: "La Constitución garantiza el principio de legalidad..., la seguridad jurídica...", norma que se corresponde sistemáticamente con el artículo 149.1.º, número 8, de la Constitución que atribuye al Estado competencia exclusiva "en todo caso" sobre las reglas relativas a la ordenación de los registros e instrumentos públicos.

Por último, decir que surge la duda en cuanto a la extensión de la protección dispensada al adquirente: ¿Se protege sólo al adquirente de cosas singulares o estará protegido también el comprador de toda la herencia? El artículo habla sólo de bienes, ¿todos los bienes? Así pudiera pensarse teniendo en cuenta la indudable influencia que en su redacción se aprecia del Código italiano del 42 en que sí se protege al comprador de herencia; pero nosotros no lo creemos porque sería contrario a la tradición jurídica catalana y además el argumento literal cae por su propia base si tenemos en cuenta que dice: el heredero aparente que hubiera enajenado "bienes de la herencia", es decir, una parte de la herencia, no toda; y el siguiente párrafo, el 4.º, siendo una excepción del antecedente, no puede expresar algo distinto a lo que dispone la regla general.

JOSÉ IGNACIO DE LOS MOZOS TOUYA  
Registrador de la Propiedad

## BIBLIOGRAFIA

- ALAS, DE BUEN y RAMOS. *De la usucapión*, Madrid, 1916.  
 ARNDT, Serafini: *Pandectas*, 534.  
 AZZARITI, S. Francesco; GIOVANI MARTINEZ, Giuseppe AZZARITI: *Succesioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1959.  
 CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, Parte General, t. I, vol. II. Revisado y puesto al día por José Luis de los MOZOS, Madrid, 1984, y *Obligaciones y contratos*, t. III, vol. I, Madrid, 1975.  
 CANO ZAMORANO "La acción de petición de herencia: concepto, naturaleza, personas legitimadas activa y pasivamente", *RCDI*, 1981.  
 CICU. *Derecho de Sucesiones*, Parte General, Barcelona, 1964. Traducido y anotado por Manuel ALBALADEJO.  
 CONTRI: *L'erede aparente de buona fede*, Firenze, 1902.  
 COVIELLO, Nicolo: *Diritto delle successioni*, a cargo de Leonardo COVIELLO, Napoli, 1914.  
 DE BERNARDIS: "La condizione dell'erede aparente nel Codice Civile", Arch. Giuridico, vol. LXXIII.  
 DE DIEGO, Felipe Clemente: *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1959.

- DE LOS MOZOS: *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965.
- *Derecho civil español*, I, Parte General, vol. I, Salamanca, 1977.
- “La adquisición de la posesión de los legados”, *ADC*, 1962.
- “El pago o cobro de lo indebido”, *RDP*, julio-agosto, 1988.
- “La inexistencia del negocio jurídico”, *RGLJ*, abril 1960.
- DE LOS MOZOS TOUYA: “La anotación preventiva del derecho hereditario”, *RCDI*, 1982.
- DENOYEZ: *Le Senatus-consultus Juventium*, Nancy, 1926.
- DERNBURG: *De hereditatis petitio*.
- *Diritto di famiglia e diritto delle rediti*, Torino, 1905.
- DONNEDIEU DE VABRES: “Les actes de l’heritier apparent”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, XXXIX, 1940-41.
- FONCILLAS: “El heredero aparente”, *RCDI*, 1930.
- GALINDO y ESCOSURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. II, Madrid, 1896.
- GALLI, Gianni: *El problema dell’erede aparente*, Milano, 1971.
- GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomos I-II, Madrid, 1852.
- GLÜCK: “Pandectas”, en *Comentario alle Pandette*, VII, Milano, 1893, págs. 508 y 569.
- GÓMEZ-ACEBO: “La buena y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código Civil”, *RDP*, 1952.
- GONZÁLEZ, Jerónimo. *Estudios*, III, cap. XXVI.
- *El Registro de Actos de Última Voluntad*.
- “La memoria de este año”, *RCDI*, 1930.
- GUARDIA CANELA: *Comentarios a la compilación de Cataluña*, Madrid, 1986.
- GULLÓN: “La acción de petición de herencia”, *ADC*, 1959.
- HERNÁNDEZ-GIL: “De nuevo sobre el artículo 464 del Código Civil”, *RDP*, 1945.
- JORDANO BAREA: “La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros”, *ADC*, 1950.
- JORS, P., y W. KUNKEL: *Derecho privado romano*, Barcelona-Madrid, 1965.
- JOSSEAND: *Cours de Droit civil positif français*, vol. III, Paris, 1930.
- KIPP: *Derecho de sucesiones*. Traducido y anotado por ROCA SASTRE.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Notas al Binder. Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1953.
- LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA. *Derecho de sucesiones*, I, Parte General, Barcelona, 1971.
- LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, en colaboración con SANCHO REBULLIDA.
- LADARIA CALDENTEY: *Legitimación y apariencia*, Barcelona, 1952.
- LÓPEZ, Gregorio: *Las Siete Partidas*, Salamanca, 1555, reimpresión 1974.
- MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, t. VII.
- MELÓN INFANTE, Carlos: *La posesión de los bienes muebles*, Barcelona, 1957.
- MENGONI, Luigi: *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1962.
- MEZQUITA DEL CACHO: “La subrogación real en la compilación del Derecho civil de Cataluña”, en *La Notaria*, 1962.
- MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, t. III, Madrid, 1942.
- MIDIRI: “L’erede apparente e diritti dei terzi con lui contrattanti”, *Rivista Diritto Civile*, 1930.
- MONTEL: “Sul consetto di erede aparente di buona fede”, *RDP*, 1933.
- MORATÓ, Domingo de: *El Derecho civil español con las correspondencias del Romano*, 2.<sup>a</sup> ed., t. II, Valladolid, 1877.
- MORELL y TERRY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. II, Madrid, 1917.
- NÚÑEZ LAGOS: “El Registro de la Propiedad español”, *RCDI*, 1949.
- PACIFICI-MAZZONI: *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. VI, a cargo de GIULIO VENZI, Firenze, 1914.
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, Barcelona, 1975.
- PUIG FERRIOL-ROCA TRÍAS: *Instituciones del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, 1984.

- ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, t. IV, cap. I, Barcelona, 1979.
- *Notas al Derecho de sucesiones de Kipp*, 1.<sup>a</sup> ed., 1951.
- *Notas al Derecho de sucesiones de Kipp*, vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., al cuidado de Luis PUIG FERRIOL y F. BADOSA COLL, Barcelona, 1976.
- ROMERO VIEITEZ: *Medios de acreditar la vigencia de un testamento: el Registro General de Actos de Ultima Voluntad*, Madrid, 1950.
- ROYO MARTÍNEZ: *Derecho sucesorio "mortis causa"*, Sevilla, 1951.
- SALINAS QUIJADA: *Derecho civil de Navarra*, VI, V, 2.<sup>o</sup>, Pamplona, 1977.
- SANCHO REBULLIDA: "Las acciones de petición de herencia en el Derecho español", *RGLJ*, septiembre 1962.
- SERRANO y SERRANO: *La ausencia en el Derecho español*, Madrid, 1943.
- SCHLESINGER: *La petizione di eredità*, Torino, 1957.
- SIMÓ SANTONJA: "En tema de petición de herencia", *RDP*, septiembre 1960.
- VALLET: *Panorama del Derecho de sucesiones, II Perspectiva dinámica*, Madrid, 1989.
- VÁZQUEZ GUNDIN: "El ausente y sus derechos hereditarios", *RCDI*, 1942.

# DICTAMENES Y NOTAS



# Blanco White y los valores de la cultura jurídica liberal

(Conferencia pronunciada en el Colegio  
de Registradores el día 11 de febrero de 1991)

**SUMARIO:** I. LA LIBERTAD COMO "VOCACION".—II. LA LIBERTAD COMO  
"AVENTURA".—III. LA LIBERTAD COMO "DESARRAIGO".

"La característica principal de la verdadera libertad y de su  
verdadera práctica es el abuso que se hace de ellas."

G. C. LICHTENGER, *Aforismos*

Señor Vicedecano del Colegio de Registradores de España, señor Director del Centro de Estudios Registrales, señoras y señores, queridos amigos:

Es éste el momento, justo y obligado, de agradecer a esta ilustre casa la invitación que me permite comparecer hoy ante ustedes, en una convocatoria que se aparte de las materias que conforman el panorama habitual del jurista o profesional del Derecho.

Gracias por ello señor Vicedecano, señor Director del Centro y generoso presentador y amigo Fernando Acedo-Rico por lo que yo interpreto, además de como gesto de amistad, como reconocimiento de la apertura del horizonte intelectual del verdadero jurista, del que la profesión registral es expresión relevante. Apertura hacia valores culturales que se inscriben en esa frontera permeable de las Ciencias Sociales, en la que, en el caso del Derecho el rigor científico de un sistema normativo descubre carencias axiológicas, valores y bienes jurídicos primarios, a veces reducidos, en la práctica diaria, a puro nominalismo.

## I. LA LIBERTAD COMO "VOCACIÓN"

Si el Derecho es, en expresión del inolvidable maestro QUINTANO RIPOLLÉS, un valor de cultura, su estudio y el alcance de su función son indisociables de esa dimensión cultural, tanto en su proyección histórica como en su reconocimiento presente.

En la historia de la cultura española, como en la de cualquier otra cultura nacional, existen figuras o personajes que por su aventura vital, con independencia incluso del mayor o menor valor o calidad intrínseca de su obra, vienen a ser un testimonio singularmente expresivo del medio intelectual y el clima moral que determinan que el perfil de una sociedad, de un pueblo y del ordenamiento jurídico que lo configura tenga unos rasgos propios, una marca inconfundible.

Uno de esos personajes es, a pesar de su escaso reconocimiento o consagración oficial y de su perfil fronterizo entre dos culturas, la española y la inglesa, José M.<sup>a</sup> Blanco y Crespo, sevillano nacido en 1775, naturalizado inglés con el nombre de Joseph Blanco White, pionero de la emigración y el exilio, experiencias éstas que tantas huellas han dejado en la piel de España. Su vida, con sus luces y sus sombras como toda vida humana, terminó en Liverpool en la primavera de 1841, en condiciones tan precarias que alguno de sus biógrafos la retrata como propia de un "lonely and miserable old man" (Geoffrey FABER, *Oxford Apostles*, Pelican, 1954).

Sin caer en la desviación de la hagiografía, tan común a la fanfarria de los aniversarios, estoy seguro de no cometer ningún exceso al reconocer en Blanco una fidelidad permanente al sentimiento natural y a la *vocación* de libertad; testimonio raro en ese grado, inhabitual en cualquier época de nuestra historia, por mucho que desde aquel teatro improvisado de las Cortes de Cádiz se haya alardeado cíclicamente del liberalismo, para acabar casi siempre en la mediocre componenda del doctrinarismo, reducción que tan expresivamente describía Salvador de Madariaga, liberal genuino, cuando criticaba el "liberalismo del dividendo".

Blanco no cayó nunca en esa desviación. En la que sería una huida en busca de la libertad soñada y realmente querida, deja en su adolescencia la empresa comercial paterna y se refugia en el seminario; ya en su madurez abandona en 1810 familia, patria, ocupada entonces, e Iglesia, en la que tan brillante carrera había hecho (canónigo a los veinticinco años de la catedral de Cádiz, y a los veintiséis años, capellán magistral en la de Sevilla) y busca en la Inglaterra de comienzos del siglo XIX la Arcadia que no encontraría; tras su conversión al anglicanismo en 1814 y habiendo alcanzado de nuevo una brillantísima ejecutoria, con la obtención de una cátedra en Oxford (Master of Arts) en 1826, mantiene una insobornable

tensión moral e intelectual en la crítica y en la duda. Convertido de nuevo en un renegado espiritual y social, del que todos sospechan, consume su tiempo en los aledaños del deísmo y del sincretismo escéptico de la Iglesia o secta unitaria. Así consume su vocación de hombre libre o de hombre a secas.

En su biografía se cumple lo que un clásico del pensamiento jurídico-político francés, Georges BURDEAU, en su ensayo *Le liberalisme* (Ed. Seuil, 1979), advierte al referirse a la difícil encarnación de la libertad; no es en la doctrina, nos dice, o en la ideología de un partido político, sino en la vida concreta del ser humano en donde la libertad puede encontrar realmente cobijo.

El precio o coste de ese descubrimiento suele ser alto para quien, como Blanco, lo asume: la soledad, la marginación y el desarraigo. Es el peaje de los *very few*, escasos como la virtud, aquellos que por inteligencia y por conciencia no se detuvieron ante la renuncia a posiciones sociales conseguidas o ante el rechazo con que se defiende una sociedad intolerante, naturalmente desconcertada ante quién denuncia y acusa, sin llegar a normalizarse, es decir, a someterse a convenciones o a pautas de convivencia.

José M.<sup>a</sup> Blanco es uno de esos pocos testigos y acusadores molestos por que por ser fieles a la libertad de pensamiento y de expresión, a su libertad individual, acaban siendo reos de una especie mayoritariamente anónima y mansa.

Por trayectoria vital y por formación cultural, Blanco está a caballo de la Ilustración y el Romanticismo. Es fruto de un *mestizaje* entre el rigor racionalista y la exaltación vital, síntesis conseguida con gran maestría en sus *Cartas a España*, su obra más divulgada y sin duda uno de los textos de la literatura española con mayor poder de seducción. Ese mestizaje contribuye hoy a descubrir y a realzar la universalidad de este quijote racionalista o de este *racionalista vital* si acudimos a una conocida expresión acuñada en el pensamiento del maestro Ortega.

MENÉNDEZ Y PELAYO, en su *Historia de los heterodoxos españoles* (cap. 4.º del libro VII), invita a la lectura de su obra por debajo del rigor de la que podríamos considerar crítica canónica, con estas palabras:

"Toda creencia, todo capricho de la mente o del deseo se convirtió en él en pasión. Católico primero, enciclopedista después, luego partidario de la Iglesia anglicana y, a la postre, unitario y apenas cristiano..., tal fue la vida teológica de Blanco, nunca regida sino por el ídolo del momento y el amor desenfrenado del propio pensar, que con ser adverso a toda solución dogmática, tampoco en el escepticismo se aquietaba nunca, sino que cabalgaba afanosamente, y por sendas torcidas, en busca de la unidad".

Este texto nos retrata, incluso en su formal reproche, a un Blanco que,

sin duda, fue siempre un hombre joven, es decir, abierto a toda novedad, dispuesto a la elección y a la renuncia. Estamos, como también diría de él don Marcelino, ante “una genialidad contradictoria y atormentadora de sí mismo”.

Para entender el sentido de esa contradicción, debe tenerse en cuenta que la lectura de la obra de FEIJOO, otro ciudadano libre de la república de las Letras, al que Blanco tanto elogia, le enseñó a razonar, a argüir y a dudar. Alcalá Galiano, gran liberal, compañero de fatigas de Blanco en Londres, llamaría a Feijoo, por su defensa del libre examen, insólita en un clérigo católico, “primer apóstol de la que lleva el nombre de fe liberal”.

Un clásico del pensamiento materialista del siglo XVIII, el enciclopedista francés barón de HOLBACH, con su obra *Sistema de la naturaleza*, ayudaría también a Blanco a reconocer el valor instrumental insustituible de la razón.

## II. LA LIBERTAD COMO “AVENTURA”

Desde que en 1805 marchó de Sevilla a Madrid, ligero de fe religiosa, aunque no de ansia de trascendencia, Blanco vivió la *aventura* de la libertad a través de su mejor caldo de cultivo: el *periodismo político*. Primero, en España, en Madrid y en Sevilla, en el *Semanario Patriótico*, y después, en Inglaterra, en *El Español*, periódico que editaría en Londres entre 1810 y 1814 y que constituye, a mi juicio, en el terreno del pensamiento jurídico-político, su magna obra. Si en el primero defiende la independencia de España frente al invasor francés, en el segundo, sin dejar de hacerlo, reflexiona sobre la situación de un país postrado y analiza críticamente la labor de su primera institución nacional representativa: las Cortes de Cádiz.

Ambas empresas son fruto de una actitud personal de fidelidad a sí mismo, que Blanco confiesa en las *Cartas de España* con estas palabras: “Un innato amor a la verdad, que ya apareció en las primeras luces de la razón, y una constante perseverancia para seguirla en la medida de mi capacidad que me ha acompañado a lo largo de mi vida...”

Esta afición personal a descubrir por mí mismo la verdad de las cosas es, a mi juicio, la raíz misma de la cultura auténticamente liberal, de sorprendente proximidad a la máxima evangélica (S. Juan 8, 31) según la cual “la verdad os hará libres”. Inversamente, Blanco comprende que la libertad es el único camino para poder llegar a la verdad, aunque sea sólo, y angustiosamente, a sus umbrales. “Nunca he experimentado mayor placer que la primera vez que saboreé la libertad de pensar”, nos dice en otro pasaje de las *Cartas de España*; “pero pronto le siguió una ardiente sed de

todo lo que destruyendo mi antiguo modo de pensar pudiera fortalecer y confirmar mi incredulidad". Con una sinceridad difícil de encontrar en un pensador español, describe así su proceso personal de búsqueda afanosa de nuevos valores y nuevas creencias: "Exasperado por la necesidad diaria de someterme externamente a doctrinas y personas que detesto y desprecio, mi alma está inundada de anarquía. Aunque reconozco las ventajas de la moderación, al ver que los demás no la usan conmigo me encuentro con que de hecho y a pesar de mi mayor juicio me estoy haciendo un fanático de mis propias ideas". En esta reflexión autocrítica Blanco reconoce y acepta el arbitrio moderador de la razón personal, consustancial también al pensamiento liberal.

Con esta transparencia de juicio y de intención, inevitablemente llega, también dentro de la mejor tradición liberal, a reconocer el valor de la *opinión pública*. Así, escribiría: "La opinión es el solo baluarte de la libertad de los pueblos. Las leyes mismas nada son si no están sostenidas por esta fuerza". Esta es, sin duda, la razón que legitima también hoy el papel relevante de los medios de comunicación en un sistema democrático; legitimación que pierden cuando, en lugar de denunciar toda arbitrariedad y favorecer la libre articulación de la opinión pública, se limitan a ser manipuladores de la noticia al servicio de poderes establecidos o del Gobierno de turno.

En las páginas de *El Español*, en un ejercicio de insólita lucidez, Blanco se sitúa ante la realidad nacional de España y la reconoce, libre de todo prejuicio, con palabras cuyo eco llega hasta nuestros días: "La España, nación que se puede decir agregada de muchas según progresiva accesión de los reinos que la componen, no había tenido tiempo de reunir a sus habitantes por el influjo de un Gobierno feliz e ilustrado que bajo la uniformidad de las leyes hace olvidar a los pueblos las preocupaciones de rivalidades antiguas". La actualidad de estas palabras y la vigencia del juicio que formulan excusan todo comentario.

No es de menor interés, por su plasticidad conceptual, la referencia metafórica iusprivatista al derecho de accesión para explicar los orígenes de la nación española.

España fue siempre su punto de mira o norte existencial, ansia o querencia compartida con los grandes intelectuales españoles cultivadores del pensamiento político, como ha observado Juan MARICHAL en su reciente ensayo sobre *El intelectual y la política*.

Manuel Moreno Alonso, catedrático de Historia de la Universidad de Sevilla y brillante continuador, con Antonio Garnica, de los trabajos de Vicente Llorens en el estudio de la obra de Blanco, escribe en su Introducción a una reciente edición española de las *Cartas de Inglaterra*, que "aun siendo grande su subjetividad y sus errores, mucho mayores son desde la

perspectiva de hoy y la de los pocos que le entendieron en su tiempo, su honestidad y sus aciertos, particularmente en su forma de entender y querer cambiar a España". Esta fue siempre, a pesar de su refugio inglés, su verdadera patria, objeto al mismo tiempo de su amor y su aversión, destinataria siempre de sus nobles ansias reformadoras.

Cuando en 1820, al comenzar el trienio liberal en España, reflexiona sobre su pasión española, escribe: "Aunque nunca he tenido la más remota idea de regresar, abrigaba mis deseos más sinceros de ayudar a mis compatriotas en cualquier tentativa de mejora política y moral". Así, frente al estancamiento y a la inercia, defiende la *movilidad social*, meta consustancial al pensamiento liberal, al trazar el retrato biográfico de un patricio inglés, el Marqués de Lansdowne, en estos términos: "Si por aristocracia se entiende el aprecio de la distinción y cierta tenacidad en defensa de los derechos civiles que las distinciones confieren, los ingleses son muy aristócratas. Pero no hay nación en el mundo más opuesta a las distinciones de sangre, que tanto daño han hecho a España. Ni un descendiente de los primeros Barones que acompañaron a Guillermo el Conquistador queda en el día entre los Pares de Inglaterra. La Cámara se está renovando continuamente con personas sacadas de la clase media, es decir, propietarios, comerciantes, militares y legistas".

Blanco fue también muy crítico del patriotismo cerril que hoy podríamos llamar nacionalista, es decir, aquel que exalta como virtudes lo que son simples rasgos sociales o, peor aún, lo que en el individuo se consideran vicios; así la vanidad, el orgullo, la ambición o la crueldad.

En las páginas de *El Español* encontramos pruebas suficientes de su voluntad regeneradora, sobre todo por la extraordinaria labor de documentación que contiene sobre doctrinas políticas e institucionales estatales, con especial y lógico énfasis en las relacionadas con el régimen parlamentario inglés.

Como antes decía, las Cortes reunidas en Cádiz fueron el principal destinatario de estos trabajos. La escasa liberalidad o intolerancia de juicio de quienes pasan por ser nuestros primeros liberales hicieron estéril el esfuerzo.

Anticipándose a su aportación como exiliado, ya antes de salir de España Blanco fue, por encargo de la Junta Suprema Central de Sevilla, autor del dictamen sobre el modo de convocar y reunir Cortes en el antiguo régimen, dictamen que posteriormente publicaría en *El Español*. En él se manifiesta en contra de restablecer, como pretendería el Decreto de 22 de mayo de 1809, la representación de las antiguas Cortes, y ello por considerar que este sistema era contrario a una genuina representación de la nación que en aquella norma venía a subordinarse al arcaísmo de los estamentos.

La crítica a la labor de las Cortes de Cádiz fue siempre positiva y razonable. Así, en el verano de 1811 Blanco escribe: "Las Cortes están perdiendo tiempo y crédito con ese empeño de hacer una Constitución por teoría, y pudieran haber adelantado mucho para hacer una por experiencia. La parte más difícil e importante de la Constitución no es ese mal entendido equilibrio de poderes que ya he impugnado y que está reducido, en lo que tiene de real y verdadero, a que las leyes no sean efecto de la voluntad de ninguno de los poderes por sí solos; lo que necesita gran miramiento y tino son los principios constitucionales del *poder judicial*; de ese poder de quien depende cuanto es y cuanto tiene el ciudadano". La lucidez del juicio y la resonancia en nuestros días de esta reflexión sobre la justicia como garantía de libertad me excusan también de la extensión de la cita que enlaza con la siguiente, fruto de igual preocupación: "Cosa muy útil y aun necesaria es tener declaraciones en favor de los derechos del pueblo; pero ¿de qué valen semejantes declaraciones si no hay seguridad de que se apliquen en los casos particulares?, ¿qué le importa al ciudadano español ser miembro del pueblo soberano si no está exento de la opresión que pueden intentar contra él los que ejercen real y verdaderamente esa soberanía? La libertad verdadera y práctica no puede fundarse en declaraciones abstractas; su verdadero fundamento es la protección individual que el ciudadano debe hallar en los Tribunales". En mi opinión, no cabe mejor defensa del principio de seguridad jurídica como presupuesto ineludible de una libertad real, entendida ésta no en el sentido marxista que vincula las garantías de la libertad a la intervención del Estado en la sociedad, sino en el sentido liberal genuino que cifra la realización de la libertad en su efectivo disfrute por los ciudadanos concretos, en su dimensión de individuos activos sujetos de la sociedad civil y no dóciles metecos integrantes de una masa subsidiada.

En relación con el problema de la confesionalidad del Estado, consagrada en el artículo 12 de la Constitución de 1812, con explícita prohibición del ejercicio de cualquier otra confesión, Blanco reivindicaría la libertad de conciencia, no tanto desde las premisas espirituales del protestantismo con las que se había oficialmente comprometido, sino desde la singularidad de su propio análisis. Baste como muestra este argumento, impecable en su expresividad y en su consistencia lógica: "Si hubiera medios de forzar la creencia, podría disculpársele al cielo el que los usase; pero si sólo puede servir para hacer reservados e hipócritas, ¿por qué se han de establecer leyes que puedan degradar y abatir el alma de muchos españoles en cuanto hombres, sin mejorarles en cuanto religiosos?"

Blanco acabaría descubriendo los vicios del fanatismo y la intolerancia, tanto en el catolicismo como en el anglicanismo; y con liberalidad o generosidad liberal, valga la tautología, no respondería a los ataques de

una y otra confesión con la misma actitud. Así, Vicente LLORENS, en su inolvidable ensayo *Liberales y románticos*, recuerda que “lo paradójico es que fuera Blanco el perfecto heterodoxo, el disidente perpetuo, quien saliera en defensa de la Iglesia española frente al anticlericalismo de Vicente Llanos (exiliado también en Londres) y hasta tratara de paliar los ataques dirigidos a Fernando VII”.

Blanco asume así el talante liberal, en su sentido originario, es decir, moderado o contrario a toda agresividad. Como intelectual reivindica también esa condición cuando denuncia que “los escritores españoles no parecen hablar de veras más que cuando se atacan unos a otros”.

Esta actitud de sereno equilibrio y la vinculación de Blanco al partido conservador inglés, al que llega sobre todo por la influencia de Burke, han hecho pensar a algunos que nuestro amigo sevillano fue un exponente del pensamiento reaccionario. Una vez más, la progresía de aluvión se equivocó en la caricatura. En Blanco, por su pensamiento y por su obra, anima un profundo espíritu reformador, de clara raíz ilustrada y en absoluto exponente de ninguna reacción intelectual o moral.

Basta volver a las páginas de *El Español* para encontrarnos con su vigorosa defensa del principio de limitación del poder, bajo el ascendiente del pensamiento de Jefferson, en estos términos:

“Cuando yo viere que no sólo el poder del Rey tiene límites, sino que hay quien sujete al Partido que domine, no sólo en éste, sino en cualquier Congreso; cuando yo viere que ni el Rey ni las Cortes pueden influir en la opinión de los jueces ni alterar en un ápice el curso de la justicia, entonces daré gracias al cielo de que el pueblo español no es esclavo”.

La simple lectura de ese texto, correspondiente al número 30 del periódico que les comento, de fecha 30 de noviembre de 1812, me ahorra, por su rigurosa expresividad, de toda glosa.

La actitud liberal de Blanco es, por otra parte, ajena y anterior a todo partidismo o reducción ideológica. Así, al hacerse eco del alcance político excluyente que a la palabra *liberal* se dio en las Cortes de Cádiz, escribe también en *El Español*, en 1813:

“La España no sólo consta de liberales, como quieren llamarles; nombre bajo el cual se ocultan muchas ambiciones, muchas envidias y muchas ligerezas; hay clases numerosas y dignas de la mayor consideración, que deben entrar a la parte en los intereses nacionales, con sus ideas e inclinaciones, sean éstas como fueren. De la mezcla y modificación de liberales y serviles debe resultar el orden de cosas que únicamente puede convenir a España”.

Este espíritu de convivencia profunda entre facciones le lleva a Blanco a postular la más razonable y poco común estrategia posibilista con esta lúcida reflexión: “Más vale caminar de acuerdo hacia el bien en una

dirección media que haga moverse a la nación entera, que no correr de frente atropellando y pisando a la mitad de ella”.

Cuando, con igual talante liberal, Blanco se pronuncia desde las páginas de *El Español* sobre la emancipación o independencia de la América española, lo que empezó llamándose rebelión caraqueña, los insultos y las acusaciones de traición le llueven y le acosan, con un claro reconocimiento del poder que ya en esta época tenían los medios de comunicación y formación de opinión. Muchas han sido las críticas que han recaído también sobre Blanco por el que, al parecer, fue importante apoyo económico del Gobierno inglés en la financiación de la edición de *El Español* y en su posterior distribución en las sedicentes colonias americanas. Ese apoyo, como la posterior pensión concedida a José M.<sup>a</sup> Blanco no menguan el valor de la obra, aunque pongan algunas sombras de debilidad en el perfil del autor, connatural, como antes he dicho, a toda vida humana.

Blanco no se pronuncia, en un primer momento, por la independencia de las colonias americanas, sino por lo que podría llamarse hoy una autonomía negociada que preservara los lazos de unión política y económica con la Península; esta posición, quizá por no haber llegado a ser realmente conocida y serenamente ponderada, fue vituperada y rechazada por unos y otros. Es muy elocuente el testimonio de un hombre, de natural moderado y de formación ilustrada como Jovellanos, quien en carta escrita en el verano de 1811 a lord Holland, el gran protector de Blanco hasta su muerte, escribía:

“Tengo sobre mi corazón la insurrección de América de que Vm. me habla, y no puedo dejar de detestar y odiar con todo él a los que la fomentan. Dícenme que Blanco es uno de sus más ardientes sopladores; yo no he visto siquiera un número de su periódico; pero si es cierto lo que oigo contar de sus discursos, no hallo dictado bastante negro con que caracterizar su conducta”.

La propia confesión de no haber leído “siquiera un número” de *El Español* nos dispensa de comentar este juicio, por otra parte sujeto a la condición de veracidad de lo que sólo de oídas se conoce.

Blanco padeció la intolerancia de quienes, de haber sido fieles a un espíritu genuinamente liberal, deberían haber manifestado respeto hacia toda convicción o idea libre y legítimamente expresada. No fue así, y basta leer el *Diario de Sesiones* del 24 de mayo de 1811 de las Cortes de Cádiz, en el que se califica a *El Español*, cuya circulación ya se había prohibido por la Regencia en 1810, de enemigo de la patria, “peor que el mismo Napoleón”.

La historia del liberalismo como corriente de pensamiento político en España, desde las famosas coplas del “Trágala”, ha estado marcada, yo diría que hasta hoy, más por la *tolerancia de las costumbres* que por una

real y franca *tolerancia de las ideas*. Si la tolerancia de las ideas es presupuesto y garantía de la libertad política y social en todas sus dimensiones, la tolerancia de las costumbres, cuando no va precedida y acompañada de la tolerancia de las ideas, acaba reduciendo las instituciones, el Estado, la sociedad misma a la categoría de “casa de tolerancia” o “casa de trato”, en su más rigurosa acepción. En este marco, la necesidad, y no la libertad, es la regla.

### III. LA LIBERTAD COMO “DESARRAIGO”

Pero la experiencia de la libertad, valor primario, supremo y definitorio de la condición humana, tiene también, como antes les argumentaba, un *precio*. La vida de Blanco, nos dirá Vicente Llorens, es la historia de una permanente insatisfacción. No quiso someterse a ningún dogma ni ser un rebelde, pero en la evasión tampoco pudo hallar la paz.

Julián Marías, a mi juicio el intelectual español vivo de más profunda fibra liberal (y quizás por ello no apreciado entre nosotros en todo su valor), escribió en un artículo publicado en el diario *ABC* el 21 de julio de 1989 que Blanco “era lo que no suelen ser los españoles: complejo”; y, acertadamente, añadía: “Podríamos decir que fue ‘un disidente de una pieza’, perpetuamente, sin poder dejar nunca de disentir”.

Por la disidencia alcanza Blanco la condición de heterodoxo, motivo éste del análisis crítico de Menéndez Pelayo que antes comentaba y del interés personal y literario que por él siente, también desde la heterodoxia más explícita, un gran escritor de nuestro tiempo, Juan GOYTISOLO, al que debemos una interesante edición de la *Obra inglesa de Blanco White*.

En la última de las *Cartas a España*, el propio Blanco nos hace esta valiosa confesión: “La disidencia es la gran característica de la libertad. Yo estoy tan decidido como el que más a prestar mi pobre ayuda a la causa española contra Francia, pero me indigno ante la coacción que priva mis intenciones de toda personalidad y que, a consecuencia de nuestra costumbre secular de someternos implícitamente a todo lo establecido, obliga a cada hombre a entrar en la masa de tal manera que lo único que puede salvarlo es correr por su vida como el primero”. “Correr por su vida como el primero”, hermoso lema para tiempos de sumisa uniformidad y de estéril desaliento. Pensamiento, por otra parte, cercano al del patriarca del liberalismo Stuart Mill, contemporáneo y conocido de Blanco, quien en su ensayo clásico *Sobre la libertad* considera al hombre artista hacedor de su propia personalidad con sus opiniones y conducta propias.

Martin Murphy, el más reciente biógrafo de Blanco, le ve como un español autodesterrado (*self-banished spaniard*). Incluso cuando era un

docente consagrado en Oxford era visto entre sus contertulios del Oriel College como “un refugiado excéntrico de otra cultura y de otro país” (“an exotic refugee from another culture and another country”).

Para un intelectual de su talla, el exilio, querido y al mismo tiempo inevitable, también fue, como siempre ha sido, garantía de libertad.

Si leemos hoy, yo diría en clave de humor, la *Historia del periodismo español*, de Pedro GÓMEZ APARICIO, resulta elocuente encontrar en su volumen primero la caricatura deformadora del exiliado Blanco, al que se califica de antiespañol, resentido, ensoberbecido y prototipo de una aberración extranjerizante, justificándose la marcha a Londres como consecuencia de su liberalismo intransigente. No cabe mayor simplismo ni más acusada limitación de juicio.

Con el rigor debido, Gregorio MARAÑÓN, liberal egregio, en su ensayo *Españoles fuera de España*, escribe:

“En España, tierra de pasiones, la sanción de los extremistas ha sido en los últimos decenios implacable contra los que por deliberado amor a España o por impulso inconsciente de este mismo amor han pretendido decir la verdad. Inmediatamente se les ha calificado de antiespañoles, ya por los bandos tradicionalistas si la voz leal era más bien avanzada, ya por el gremio de los avanzados si la crítica salía de voces moderadas. Cuando el crítico es ecuaníme, cuando es en su noble sentido liberal, las pedradas le lueven por igual desde los dos extremos. A la larga, la gran gloria de España, sin embargo, está amasada con la obra de todos estos sedicentes y perseguidos antiespañoles”.

A mi juicio, para que el elogio sea justo debe extenderse el reconocimiento tanto al exilio exterior como a las no menos ejemplares y duras formas de extrañamiento dentro de España, frecuentes también en nuestra atormentada historia política.

España, siempre en la cabeza y en el corazón del exiliado, su pasión nunca disimulada. El propio Blanco escribiría en su *Elegía a Quintana* estos hermosos versos:

*No muda el corazón; tan sólo muda  
del cielo el infeliz, que su destino  
quiere evitar huyendo el patrio suelo  
que le hizo aborrecer su desventura.*

Al dolor del exilio se vino a sumar, inevitable corolario, el desengaño. Desengaño, ante todo, del mundo político, que, en palabras del propio Blanco, “no conoce ni amistad, ni amor, ni virtudes de ninguna clase; y los que poseen estas cualidades nada pueden hacer mejor que separar de él ojos y oídos a no ser que la necesidad les obligue a entrar en tal laberinto”.

Los hombres todos, escribiría también, son aficionados al oropel del mando aún más, a veces, que al mando mismo; y mientras más ajenos han estado de mandar, más aficionados al oropel todavía.

Pasó el tiempo, murió Fernando VII y regresaron la mayoría de los afrancesados y de los exiliados londinenses. Blanco, consciente como hemos visto de haber quemado sus naves, vio cómo se imponían, nos lo recuerda de nuevo Llorens, los eclécticos del neoclasicismo (el retorno a la normalidad o, como dijo Martínez de la Rosa, el triunfo de la razón). El sueño liberal se disipa en la era isabelina de la moderación y la mediocridad, de la Guardia Civil, los negocios de Bolsa y los ferrocarriles con capital extranjero. La cultura liberal, el Estado liberal, se confunden con la cultura y el Estado de una clase, la burguesía débil e ineficaz por estos pagos, y por ello, a la postre, intolerante. Esa confusión ha llevado a aquellos que ignoran o no comparten los valores liberales a considerar el Estado de derecho como un segregado partidista del liberalismo histórico y no como lo que, a mi juicio, es: un ideal jurídico-político que permanece como meta irrenunciable y por ello no subordinable a los fines eventuales u objetivos políticos de la acción del Estado.

Blanco había publicado en abril de 1823 en la *Quarterly Review* un artículo bajo el título "Spain" en el que se identificaban los orígenes o raíces ideológicas del liberalismo español con la tolerancia racionalista y el espíritu reformador del ilustrado siglo XVIII. El fue, como ya antes he reconocido, uno de los más claros y escasos exponentes.

En la intolerancia que padeció a lo largo de toda su vida, pago injusto de su irredenta patria, se encuentra prefigurada hasta hoy, a mi juicio, la historia política de España, en la que la escasa presencia de valores y actitudes liberales o simplemente democráticas, en unos partidos y en otros, es la causa de que la vida pública haya derivado siempre hacia rivalidades personalistas, ajenas a toda lealtad o compromiso en una tarea o programa común y a largo plazo, y, lo que es más dramático, que se haya desembocado en tragedias civiles.

El desarraigo de Blanco, como el de otros muchos de su estirpe intelectual y moral, la incomprensión y escasa difusión de su obra, anticipa el débil arraigo de aquellos valores en este extremo o periferia occidental de Europa.

MORENO ALONSO, en su reciente ensayo sobre *La generación española de 1808*, la generación de Blanco, observa acertadamente que "el entusiasmo por la libertad no es en España de raíz intelectual"; ello explica, a su juicio, el escaso influjo de los intelectuales en nuestra historia.

Es ésta una reflexión que cualquier jurista español podría hacerse, sobre todo hoy, cuando a la defensa de posiciones se subordinan no sólo

ideales, sino también, en muchos casos, la conciencia profesional más primaria.

Cabe pensar también que los avatares de la historia política española explican el hecho de que comúnmente la libertad se entienda aquí como licencia o autorización concedida u otorgada graciosamente por el poder para hacer algo (esquemáticamente podría decirse que, en nuestra tradición cultural, ser libre consiste en *poder hacer lo que nos dejan hacer*) más que como ejercicio legítimo y responsable (es decir, conforme a la ley) de una libertad propia.

Quizás también, pienso yo, ese débil celo intelectual explica la reducción nominalista de la ideología liberal en nuestro pasado y su minoritario predicamento en los partidos políticos del actual sistema. Es inevitable recordar a Erich Fromm en su análisis del “miedo a la libertad”, que no es más que huida o abandono por quienes la tienen y no la aprecian.

Tampoco me resisto a comentar una encuesta elaborada en relación con la dramática actualidad de la guerra del Golfo y publicada recientemente en el semanario *Cambio 16*, en el número correspondiente al día 4 de febrero; encuesta en la que, al ponderarse la escala de grandes valores del ciudadano español de los años noventa, la libertad ocupa el tercer lugar, tras la vida y la familia, con una puntuación de 9,23 sobre 10; esta ponderación no se corresponde con la segunda parte de la encuesta en la que a la pregunta “¿por qué estaría dispuesto a dar su vida?” sólo un 2,9 por 100 lo haría por defender la libertad. Lo cual, una vez más, prueba que el aprecio de este valor es relativo, ya que se entiende la libertad como bien otorgado, no propio, apreciable en cuanto que se tiene lo que no le convierte en motivo de poner en riesgo la propia vida si se deja de tener. Recordemos noble énfasis de D. Quijote, cuando al comienzo del capítulo LVIII de la segunda parte de su aventura recuerda a Sancho que “por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida”.

¡Qué expresiva y cierta esta equiparación de libertad y honra, hoy diríamos dignidad personal! ¡Qué cercanos en este sentimiento el hidalgo manchego y el ex canónigo sevillano! ¡Y qué extraños uno y otro a nuestros contemporáneos de la encuesta, quizás también a nosotros mismos, sujetos corresponsables de un clima moral en el que afloran esas actitudes de ignorancia y desprecio de valores humanos esenciales, como es la libertad, y exclusivo aprecio o cotización, podríamos decir, de bienes tangibles, fungibles, y estoy por añadir INFORMATIZABLES, ya que esta condición parece ser hoy el parámetro máximo de reconocimiento.

José M.<sup>a</sup> Blanco fue un hombre que, al asumir en plenitud la condición de *sui juris*, encarnó la vocación de convivir en libertad, vocación rara, marginal, aunque no ajena a nuestra historia, contra lo que ha pretendido un integristismo excluyente. Por ello merece hoy, al cumplirse ciento cin-

cuenta años de su muerte, el homenaje de la lectura y aun de la relectura de su obra, con especial atención a la menos difundida, *El Español*, necesitado de exhumación editorial urgente.

En su obra, más que en su agitada y controvertida biografía, se encuentra un importante eslabón de la cultura política española, el eslabón perdido y por fin recuperado de una cultura en la que la libertad, al menos, es posible.

Hoy, aquí, en España, el Estado democrático, con una trayectoria todavía corta, corre, a mi juicio, el riesgo de debilitarse al haberse instalado la vida pública en el cinismo mediocre del precio de las cosas, sin atender al valor de las ideas. Por ello vale la pena acercarse a nuestra historia política para ponderar la actualidad, que no siempre supone vigencia, de los valores liberales más primarios, aquellos que, precisamente por ser expresión de ideas y no de ideologías, pueden caer en el olvido, pero nunca llegar al ocaso.

Así, tras el largo paréntesis del mito tecnocrático, indiferente y superpuesto a la transición política y a la recuperación misma de un marco constitucional, es hora ya, a mi juicio, de reconocer la función creadora y de impulso de la utopía liberal, sin que yo pretenda reducir ésta a un partido político con ese u otro nombre. Las utopías, hoy tan negativa y superficialmente entendidas por un pragmatismo mediocre, no suponen una huida abstracta, idealista o estéril de la realidad; ya desde Tomás Moro nunca lo han supuesto, ni siquiera ignoran el principio de eficacia social. Por el contrario, la utopía constituye una reflexión profunda y radical sobre aquellas inercias que lastran negativamente todo horizonte de mejora o de cambio efectivos.

El Derecho, entendido esencialmente como garantía de libertades personales concretas y límite del poder allá donde éste se ejerza, es el núcleo mismo de toda utopía social.

Me perdonarán ustedes si termino con una observación o apotegma elemental, raramente asumido: *la conciencia y la voluntad de ser libres son siempre las armas más eficaces contra la decadencia*.

Estos son, al menos, mi convicción y mi sentimiento o presentimiento del tiempo que vivimos; y es esta realidad en la que somos y estamos, y no un prejuicio tributario del pesimismo splengleriano, la que provoca y convoca a quienes como Blanco White, aunque con mucho menor compromiso, creemos que la libertad es un bien personal cuyo disfrute, especialmente en momentos inciertos, es irrenunciable.

Porque siempre es mayor el riesgo y el coste, personal y social, de la renuncia.

Muchas gracias.

CLARO-J. FERNÁNDEZ CARNICERO

# ACTUALIDAD JURIDICA



## I. INFORMACION LEGISLATIVA

### A) TRATADOS INTERNACIONALES Y NORMAS COMUNITARIAS

#### 1) *Convenios internacionales en materia civil suscritos por España*

##### a) *Multilaterales*

1. *Reconocimiento y ejecución de sentencias.*—Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República portuguesa al convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 septiembre 1968 (ratificado el 22 noviembre 1990. *BOE*, núm. 24, 28 enero 1991).

Convenio del Consejo de Europa (núm. 105), de reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia hecho en Luxemburgo el 20 de mayo 1980 (ratificado el 30 mayo 1984. *BOE* 1 septiembre 1984).

Convenio de La Haya (núm. XXIII) referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 octubre 1973 (ratificado el 16 junio 1987. *BOE* 12 agosto 1987).

Convenio de La Haya (núm. IX) sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores, hecho en La Haya el 15 abril 1958 (ratificado el 11 septiembre 1973. *BOE* 12 noviembre 1973).

Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10 junio 1958. Adhesión 29 abril 1977. *BOE* 11 julio 1977.

2. *Asistencia judicial internacional.*—Convenio de La Haya (núm. II) relativo al procedimiento civil hecho en La Haya el 1 marzo 1954 (ratificado el 20 septiembre 1961. *BOE* 12 diciembre 1961).

Convenio de La Haya (núm. XIV) relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil

o comercial, hecho en La Haya el 15 noviembre 1965 (ratificado el 4 junio 1987. *BOE* 25 agosto 1987).

Convenio de La Haya (núm. X) sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 octubre 1961 (ratificado el 22 mayo 1987. *BOE* 25 agosto 1987).

Convenio de La Haya (núm. XXIX) tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, hecho en La Haya el 25 octubre 1980 (ratificado el 8 febrero 1988. *BOE* 30 marzo 1988).

Convenio de La Haya (núm. XII) sobre supresión de legalización de documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 octubre 1961 (ratificado el 10 abril 1978. *BOE* 25 septiembre 1978).

Convenio de La Haya (núm. XX) sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil, hecho en La Haya el 18 marzo 1970. Adhesión 14 julio 1987. *BOE* 15 agosto 1987.

Convenio Europeo número 63 relativo a la supresión de la legalización de documentos extendidos por los agentes diplomáticos y consulares, hecho en Londres el 7 junio 1968 (ratificado el 10 junio 1982. *BOE* 26 agosto 1982).

Convenio de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), sobre exhortos o Cartas rogatorias, hecho en Panamá el 30 enero 1975. Adhesión 14 julio 1987. *BOE* 15 de agosto 1987.

3. *Información sobre Derecho extranjero.*—Convenio del Consejo de Europa (núm. 62) acerca de la información sobre el derecho extranjero, hecho en Estrasburgo el 7 junio 1968. Adhesión 19 marzo 1973. *BOE* 7 octubre 1974.

Convención de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero hecho en Montevideo el 8 mayo 1979. Adhesión el 11 mayo 1982. *BOE* 13 enero 1988.

4. *Otras materias.*—Convenio de las Naciones Unidas sobre la obtención de alimentos en el extranjero, hecho en Nueva York el 20 junio 1956. Adhesión 6 octubre 1966. *BOE* 24 noviembre 1966.

Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecho en Viena el 11 abril 1980. Adhesión el 24 julio 1990. *BOE* 30 enero 1991.

Convenio de La Haya (núm. XXVIII) sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980 (ratificado el 16 junio 1987. *BOE* 24 agosto 1987).

Convenio de La Haya (núm. VIII) sobre Ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores, hecho en La Haya el 5 octubre 1961, ratificado el 22 mayo 1987. *BOE* 20 agosto 1987.

Convenio de La Haya (núm. XXIV) sobre Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 octubre 1973 (ratificado el 4 julio 1986. *BOE* 16 septiembre 1986).

Convenio de La Haya (núm. XIX) sobre Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 mayo 1971 (ratificado el 22 septiembre 1987. *BOE* 4 noviembre 1987).

Convenio de La Haya (núm. XXII) sobre la Ley aplicable a la responsabilidad de los productos, hecho en La Haya el 2 octubre 1973 (ratificado el 23 noviembre 1988. *BOE* 25 enero 1989).

Convenio de La Haya (núm. XI) sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 octubre 1961 (ratificado el 11 abril 1988. *BOE* 17 agosto 1988).

Convenio del Consejo de Europa (núm. 92) relativo a la transmisión de solicitudes de asistencia jurídica gratuita, hecho en Estrasburgo el 27 enero 1977 (ratificado el 29 noviembre 1955. *BOE* 21 diciembre 1985).

Convenio Europeo (núm. 77) relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, hecho en Basilea el 16 mayo 1972 (ratificado el 28 junio 1985. *BOE* 5 octubre 1985).

Convenio Europeo (núm. 108) para la protección de personas con respecto a tratamiento autorizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 enero 1981 (ratificado el 31 enero 1984. *BOE* 15 noviembre 1985).

Convenio Europeo (núm. 43) sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre obligaciones militares en caso de pluralidad de nacionalidades, hecho en Estrasburgo el 6 mayo 1963 (ratificado el 16 julio 1987. *BOE* 24 agosto 1987).

Convenio de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Munich el 5 septiembre 1980 (ratificado el 2 marzo 1988. *BOE* 16 mayo 1988).

Convenio (núm. 19) de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) relativo a la Ley aplicable a los nombres y apellidos, hecho en Munich el 5 septiembre 1980 (ratificado el 12 agosto 1985. *BOE* 19 diciembre 1989).

## b) *Bilaterales*

1. *Reconocimiento y ejecución de sentencias.*—Tratado entre España y Suiza sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial de 19 noviembre 1896 (ratificado el 6 julio 1898. *Gaceta de Madrid* 9 julio 1898).

Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento y ejecución de

decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil de 28 mayo 1969 (ratificado el 15 enero 1970. *BOE* 14 marzo 1970).

Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil de 22 mayo 1973 (ratificado el 27 julio 1977. *BOE* 15 noviembre 1977).

Convenio entre España y la República de Austria sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil (ratificado el 23 julio 1985. *BOE* 29 agosto 1985).

Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil (ratificado el 19 enero 1988. *BOE* 16 febrero 1988).

Convenio entre el Reino de España y la República Socialista de Checoslovaquia sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, hecho en Madrid el 4 mayo 1987 (ratificado el 11 febrero 1988. *BOE* 3 diciembre 1988).

Convenio entre el Reino de España y el Estado de Israel para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Jerusalén el 30 mayo 1989 (ratificado el 14 diciembre 1990. *BOE* 3 enero 1991).

Convenio entre España y Colombia sobre ejecución de sentencias civiles de 30 mayo 1908 (ratificado el 16 abril 1909. *Gaceta de Madrid* 18 abril 1909).

Tratado entre el Reino de España y la República Democrática de Alemania sobre asistencia judicial en materia civil (mencionado más adelante en el epígrafe correspondiente), es asimismo de reconocimiento de sentencias, hecho el 3 febrero 1988 (ratificado el 28 abril 1989. *BOE* 19 mayo 1989).

2. *Asistencia judicial.*—Convenio entre España y Gran Bretaña sobre mutua asistencia en procedimientos civiles y comerciales de 27 julio 1929 (ratificado el 9 abril 1930. *Gaceta de Madrid* 10 abril 1930).

Acuerdo entre España y Francia de 19 febrero 1968, adicional al Convenio de La Haya de 1 marzo 1954 sobre procedimiento civil. (*BOE* 11 mayo 1968).

Convenio entre España y Austria de 14 noviembre 1979, complementario del de La Haya de 1 marzo 1954 sobre procedimiento civil (ratificado el 11 mayo 1981. *BOE* 8 agosto 1981).

Tratado entre el Reino de España y la República Democrática de Alemania sobre asistencia judicial en materia civil de 3 febrero 1988 (ratificado el 28 abril 1989. *BOE* 19 mayo 1989).

Canje de Notas entre España y Uruguay suprimiendo la legalización de exhortos y comisiones rogatorias de 16 julio 1901. *Gaceta de Madrid* 19 septiembre 1901.

Convenio entre España y Argentina sobre supresión de las legalizaciones de firmas en las comisiones rogatorias de 17 septiembre 1902 (ratificado el 17 septiembre 1906. *Gaceta de Madrid* 15 julio 1903).

Canje de notas entre España y Portugal suprimiendo la legalización y traducción de exhortos y comisiones rogatorias de 7 julio 1903. *Gaceta de Madrid* 15 julio 1903.

Los Convenios antes aludidos (véase *supra*) con Italia y Checoslovaquia sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil lo son también de asistencia jurídica.

Convenio entre España y la República italiana sobre intercambio de documentación en materia de Registro Civil y dispensa de legalización de ciertos documentos, hecho en Madrid el 10 octubre 1983 (ratificado el 6 marzo 1986. *BOE* 24 mayo 1986).

Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Gobierno de España y el Gobierno de la Unión Soviética sobre supresión de legalizaciones y expedición de certificados de Registro Civil, hecho en Madrid el 24 febrero 1984. En vigor el 6 abril 1985. *BOE* 18 abril 1985.

3. *Información sobre Derecho extranjero*.—Acuerdos entre el Reino de España y los Estados Unidos mexicanos sobre cooperación para el intercambio de información sobre los ordenamientos jurídicos. Firmado el 1 diciembre 1984. *BOE* 8 junio 1985.

## 2) *Directiva del Consejo de 8 de noviembre de 1990 (90/604/CEE)*

Por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE sobre las cuentas anuales y las cuentas consolidadas respectivamente, en lo relativo a las excepciones en favor de las pequeñas y medianas sociedades, así como a la publicación de las cuentas anuales en ecus.

El Consejo de las Comunidades Europeas ha adoptado la presente Directiva:

### *Artículo 1*

El artículo 11 de la Directiva 78/660/CEE queda modificado como sigue:

1) En el primer guión, los términos “total del balance: 1.550.000 ecus”, se sustituyen por los términos “total del balance: 2.000.000 de ecus”.

2) En el segundo guión, los términos “importe neto del volumen de negocios: 3.200.000 ecus”, se sustituyen por los términos “importe neto del volumen de negocios: 4.000.000 de ecus”.

3) Se añade el siguiente párrafo: “Los Estados miembros podrán permitir que lo dispuesto en la letra a) de los apartados 3 y 4, ambos del artículo 15, no se aplique al balance simplificado”.

La revisión de los importes en ecus antes indicados constituye la segunda de las revisiones quinquenales previstas en el apartado 2 del artículo 53 de la Directiva 78/660/CEE.

### *Artículo 2*

El artículo 27 de la Directiva 78/660/CEE queda modificado como sigue:

1) En el primer guión, los términos “total del balance: 6.200.000 ecus”, se sustituyen por los términos “total del balance: 8.000.000 de ecus”.

2) En el segundo guión, los términos “importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 ecus”, se sustituyen por los términos “importe neto del volumen de negocios: 16.000.000 de ecus”.

La revisión de los importes en ecus antes indicados constituye la segunda de las revisiones quinquenales previstas en el apartado 2 del artículo 53 de la Directiva 78/660/CEE.

### *Artículo 3*

El apartado 1 del artículo 53 de la Directiva 78/660/CEE se sustituye por el texto siguiente:

“1. A efectos de la presente Directiva, el ecu es el definido en el Reglamento (CEE) número 3180/78, modificado por el Reglamento (CEE) número 2626/84 y por el Reglamento (CEE) número 1971/89. El contravalor en moneda nacional será el que resulte aplicable el 8 de noviembre de 1990.

#### *Artículo 4*

Se añade al artículo 43 de la Directiva 78/660/CEE el apartado siguiente:

“3. Los Estados miembros podrán permitir que no se faciliten los datos contemplados en el punto 12 del apartado 1 cuando estos datos permitan identificar la situación de un miembro determinado de esos órganos”.

#### *Artículo 5*

El artículo 44 de la Directiva 78/660/CEE se sustituye por el texto siguiente:

“*Artículo 44.* 1. Los Estados miembros podrán permitir que las sociedades contempladas en el artículo 11 elaboren un anexo simplificado en el que no figuren los datos exigidos en los puntos 5 a 12 del apartado 1 del artículo 43. No obstante, en el anexo se expresarán, de forma global para las partidas correspondientes, los datos previstos en el punto 6 del apartado 1 del artículo 43.

2. Los Estados miembros podrán permitir también que las sociedades a que se refiere el apartado 1 no tengan la obligación de incluir en el anexo los datos que se mencionan en la letra a) del apartado 3 del artículo 15, en el apartado 4 del artículo 15, en los artículos 18 y 21, en el apartado 2 del artículo 29, en el párrafo segundo del artículo 30, en el apartado 2 del artículo 34, en el apartado 2 del artículo 40 y en el segundo párrafo del artículo 42.

3. El artículo 12 será aplicable”.

#### *Artículo 6*

En el artículo 46 de la Directiva 78/660/CEE se añade el apartado siguiente:

“3. Los Estados miembros podrán permitir que las sociedades contempladas en el artículo 11 no estén obligadas a elaborar el informe de gestión siempre y cuando incluyan en el anexo los datos relativos a la adquisición de acciones propias a que se refiere el apartado 2 del artículo 22 de la Directiva 77/91/CEE”.

*Artículo 7*

En el artículo 47 de la Directiva 78/660/CEE, la letra *b)* del apartado 2 se sustituye por el siguiente texto:

“*b)* Un anexo simplificado, de conformidad con el artículo 44”.

*Artículo 8*

En la Directiva 78/660/CEE se añade el siguiente artículo:

*Artículo 50 bis.* Las cuentas anuales, además de publicarse en la moneda en que estén establecidas, podrán publicarse en ecus, utilizando el tipo de conversión de la fecha de cierre del balance. Este tipo se indicará en el anexo”.

*Artículo 9*

En la Directiva 83/349/CEE se añade el siguiente artículo:

“*Artículo 38 bis.* Las cuentas consolidadas, además de publicarse en la moneda en que estén establecidas, podrán publicarse en ecus, utilizando el tipo de conversión de la fecha de cierre del balance consolidado. Este tipo se indicará en el anexo”.

*Artículo 10*

1. Los Estados miembros adoptarán antes del 1 de enero de 1993 las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

2. Los Estados miembros podrán disponer que las disposiciones contempladas en la presente Directiva se apliquen por primera vez sólo a las cuentas del ejercicio que comienza el 1 de enero de 1995 o en el transcurso del año 1995.

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno que adopten en el ámbito de aplicación de la presente Directiva.

*Artículo 11*

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros.

Hecho en Bruselas el 8 de noviembre de 1990.

3) *Directiva del Consejo de 8 de noviembre de 1990 (90/605/CEE)*

Por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE, relativas, respectivamente, a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas en lo relativo a su ámbito de aplicación.

El Consejo de las Comunidades Europeas ha adoptado la presente Directiva:

*Artículo 1*

La Directiva 78/660/CEE queda modificada del siguiente modo:

1) En el apartado 1 del artículo 1 se incluyen los siguientes párrafos:

“Las medidas de coordinación prescritas por la presente Directiva se aplicarán igualmente a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las siguientes formas de sociedades:

---

f) En España:

Sociedad colectiva, sociedad en comandita simple;

---

cuando todos sus socios con responsabilidad ilimitada sean sociedades de las indicadas en el párrafo primero o sociedades no sujetas al derecho de un Estado miembro pero no tengan una forma jurídica comparable a las contempladas en la Directiva 68/151/CEE.

La presente Directiva se aplicará asimismo a las formas de sociedades a que hace referencia el párrafo segundo cuando todos sus socios con responsabilidad ilimitada estén, a su vez, constituidos en alguna de las formas indicadas en dicho párrafo o en el párrafo primero”.

2) En el punto 2 del apartado 1 del artículo 43 se añade el párrafo siguiente:

“El nombre, el domicilio social y la forma jurídica de toda empresa de la que la sociedad sea socio con responsabilidad ilimitada. Podrá omitirse esta información cuando sea de escasa relevancia respecto del objetivo contemplado en el apartado 3 del artículo 2”.

3) En el artículo 47 se inserta el apartado siguiente:

“1 bis. El Estado miembro a que pertenezca la sociedad o empresa contemplada en los párrafos segundo y tercero del apartado 1 del artículo 1 (sociedad de referencia) podrá eximir a dicha entidad de la publicación de sus cuentas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE, a condición de que tales cuentas estén a disposición del público en su domicilio social, en los siguientes casos:

a) Si todos los socios con responsabilidad ilimitada de la sociedad de referencia son sociedades de las contempladas en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 1 regidas por la legislación de Estados miembros distintos del Estado miembro a cuya legislación está sujeta dicha sociedad y ninguna de dichas sociedades publica las cuentas de la sociedad en cuestión junto con sus propias cuentas.

b) Si todos sus socios con responsabilidad limitada son sociedades no sujetas al Derecho de un Estado miembro pero tienen una forma jurídica comparable a las contempladas en la Directiva 68/151/CEE.

Deberá poder obtenerse una copia de las cuentas mediante simple solicitud. El precio de dicha copia no podrá exceder de su coste administrativo. Deberán establecerse sanciones adecuadas en caso de incumplimiento de la obligación contenida en el presente apartado en materia de publicidad”.

4) Se añade el siguiente artículo:

“*Artículo 57 bis.* 1. Los Estados miembros podrán exigir que las sociedades contempladas en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 1 sujetas a su legislación nacional que sean socios con responsabilidad ilimitada de cualesquiera sociedades o empresas de las mencionadas en los párrafos segundo y tercero del apartado 1 del artículo 1 (sociedad de referencia) establezcan, hagan controlar y publiquen junto con sus propias cuentas las cuentas de la sociedad de referencia, de conformidad con las disposiciones de la presente Directiva.

En dicho caso los requisitos de la presente Directiva no se aplicarán a la sociedad de referencia.

2. Los estados miembros podrán no aplicar las exigencias de la presente Directiva a la sociedad de referencia en los siguientes casos:

a) Si las cuentas de dicha sociedad son establecidas, controladas y publicadas de conformidad con las disposiciones de la presente Directiva por una sociedad de las contempladas en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 1, que sea socio con responsabilidad ilimitada de la sociedad de referencia y está sujeta a la legislación de otro Estado miembro.

b) Si la sociedad de referencia está incluida en las cuentas consolidadas establecidas, controladas y publicadas de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 83/349/CEE por un socio de responsabilidad ilimitada o cuando la sociedad de referencia está incluida en las cuentas consolidadas en un conjunto más amplio de empresas, establecidas, controladas y publicadas de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 83/349/CEE del Consejo por una empresa matriz sometida a la legislación de un Estado miembro. Deberá hacerse constar esta excepción en el anexo de las cuentas consolidadas.

3. En dichos casos la sociedad de referencia deberá indicar a todo aquel que lo solicite el nombre de la sociedad que publica las cuentas”.

## *Artículo 2*

La Directiva 83/349/CEE queda modificada como sigue:

1) En el apartado 1 del artículo 4 se añade el siguiente párrafo:

“El párrafo primero se aplicará asimismo cuando la empresa matriz o una o varias empresas filiales estén constituidas en una de las formas de sociedad indicadas en los párrafos segundo o tercero del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 78/660/CEE”.

2) El apartado 2 del artículo 4 se sustituye por el siguiente texto:

“2. No obstante, los Estados miembros podrán eximir de la obligación establecida en el apartado 1 del artículo 1 cuando la empresa matriz no esté organizada en una de las formas indicadas en el apartado 1 del presente artículo o en los párrafos segundo o tercero del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 78/660/CEE”.

### Artículo 3

1. Los Estados miembros pondrán en vigor, antes del 1 de enero de 1993, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

2. Los Estados miembros podrán establecer que las disposiciones del apartado 1 sólo se apliquen a partir de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas del ejercicio que comienza el 1 de enero de 1995 o en el transcurso del año 1995.

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

### Artículo 4

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros.

Hecho en Bruselas el 8 de noviembre de 1990.

### B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Arrandamientos rústicos*.—Ley 5/1991, de 28 de febrero, de modificación parcial del artículo 14 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos.

2. *Impuesto sobre Actividades Económicas*.—Ley 6/1991, de 11 de marzo, por la que se modifica parcialmente el Impuesto sobre Actividades Económicas y se dispone el comienzo de su aplicación el 1 de enero de 1992.

3. *Código Penal*.—Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, por la que se modifican los artículos 367, 368 y 390 del Código Penal y se introduce en él un nuevo capítulo acerca del tráfico de influencias.

4. *Incompatibilidades*.—Ley 9/1991, de 22 de marzo, por la que se modifican determinados artículos de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, de incompatibilidades de altos cargos; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local; de la Ley de Contratos del Estado y de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores.

5. *Agrupaciones de interés económico*.—Se regulan por la Ley 12/1991, de 29 de abril, que se publica en el *BOE* del día siguiente. Su finalidad, dice el artículo 2.º, es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios. Tienen personalidad jurídica y carácter mercantil, por lo que han de inscribirse en el Registro Mercantil.

### C) NORMATIVA AUTONÓMICA

1. *Asturias*.—Ley de 21 de febrero de patrimonio del Principado y Ley de 11 de marzo de reserva de suelo y actuaciones urbanísticas prioritarias.

Se publican en el *Boletín* regional los días 7 y 21 de marzo, respectivamente.

2. *Baleares*.—Ley de 30 de enero, de espacios naturales y de régimen urbanístico de las áreas de especial protección de las islas Baleares.

Ley de 13 de marzo reguladora de la iniciativa legislativa popular en las islas Baleares.

Insertas en el *Boletín* autonómico de los días 9 de marzo y 11 de abril, respectivamente.

3. *Castilla-La Mancha*.—Dos leyes de 14 de marzo de 1991, una sobre entidades locales y otra sobre coordinación de Diputaciones, ambas publicadas en el *Boletín* de la Comunidad del día 27 de marzo.

4. *Madrid*.—Ley de Carreteras de la Comunidad de Madrid de 7 de marzo, publicada en su *Boletín* del 21 de marzo.

5. *La Rioja*.—Ley de 7 de marzo de carreteras de la Comunidad, que se publicó en su *Boletín* del día 28 de marzo.

6. *Valencia*.—Ley de 27 de marzo de carreteras de la Comunidad, que se publicó en el *Boletín* de Valencia del 5 de abril. /

## II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Cualificación profesional del experto independiente*.—Organizadas por el Colegio de Economistas de Madrid y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, se han celebrado estas jornadas de estudio durante los días 4 al 12 de marzo pasado, con el siguiente programa:

## I. Derecho comparado

“La figura del ‘Comissaire aux apport’ en el Derecho de sociedades francés”.

*Ponente:*

Mr. RENÉ GOFFIN

Commissaire aux comptes, Commissaire aux apport y Expert comptable

*Moderador:*

D. JOSÉ M.<sup>a</sup> LAMO DE ESPINOSA

Vicedecano 2.º de la Junta de Gobierno del Colegio de Economistas de Madrid.

“El *independent expert* del Derecho de sociedades inglés”.

*Ponente:*

Mr. ROBIN PEILE

Senior del Company Departament de Boodle Hatfield

*Moderador:*

D. CARMELO LACACI DE LA PEÑA

Consejero de la Junta de Gobierno del Colegio de Economistas de Madrid

“La armonización impuesta por las Directivas Comunitarias y los distintos modelos legales europeos”.

*Ponente:*

D. JOSÉ CÁNDIDO PAZ ARES

Catedrático de Derecho Mercantil

*Moderador:*

D. ANGEL MULLOR PARRONDO

Vicedecano 1.º de la Junta de Gobierno del Colegio de Economistas de Madrid.

## II. Derecho español

“Supuestos legales de intervención preceptiva, contenido del informe, cualificación profesional y criterios de designación de los denominados expertos independientes en la nueva legislación societaria española”.

*Ponente:*

D. ALBERTO ALONSO UREBA

Catedrático de Derecho Mercantil

*Moderador:*

D. JUAN PABLO RUANO BORRELLA

Registrador Mercantil de Madrid Director del Centro de Estudios Registrales.

“La praxis actual sobre el nombramiento de expertos independientes”.

*Ponente:*

D. JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY

Registrador Mercantil de Madrid

*Moderador:*

D. MANUAL CASERO MEJÍAS

Registrador Mercantil de Madrid.

“El desarrollo reglamentario de la normativa vigente”.

*Ponente:*

D. ANTONIO PAU PEDRÓN

Notario y Registrador de la Propiedad excedente  
Director General de los Registros y del Notariado

*Moderador:*

D. JOSÉ ANTONIO CALVO GONZÁLEZ DE LARA

Registrador encargado del Registro Mercantil de Madrid.

2. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*—Esta Corporación celebró un homenaje a don José Febrero, en colaboración con el Ilustre Colegio Notarial de Madrid y el Consejo General del Notariado, el martes día 12 de marzo de 1991, a las ocho de la tarde, con motivo del bicentenario de su muerte.

En el acto académico intervinieron:

*Excelentísimo señor don José M.<sup>a</sup> de Prada González*, Decano del Ilustre Colegio Notarial de Madrid y Presidente del Consejo General del Notariado: “Presentación y ofrecimiento”.

*Excelentísimo señor don Antonio Rodríguez Adrados*, Notario: “Don José Febrero en la literatura notarial española”.

*Excelentísimo señor don José M.<sup>a</sup> Castán Vázquez*, Académico de Número de la Real de Jurisprudencia y Legislación: “La obra de don José Febrero en Hispanoamérica”.

*Excelentísimo señor don Antonio Hernández Gil*, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: “Clausura del acto”.

3. *Seminario sobre gestión recaudatoria.*—Organizado por la Escuela Superior de Estudios de Empresa de Málaga se celebró en dicha ciudad, los días 14 y 15 de marzo, un Seminario sobre la gestión recaudatoria local y el nuevo Reglamento General de Recaudación, con el programa que sigue:

— “El nuevo Reglamento General de Recaudación”.

- “La gestión recaudatoria de las entidades locales en el marco del nuevo Reglamento General de Recaudación. Modelos de gestión”.
- “Análisis de los libros I y II del nuevo Reglamento General de Recaudación”.
- “El procedimiento de recaudación en vía de apremio”.
- “Problemáticas registrales de la gestión recaudatoria local en vía de apremio”.
- “El tratamiento informático de la gestión recaudatoria local”.

### *Profesorado:*

Ilustrísimo señor don JUAN BLANCO DE LA QUINTANA, Subdirector general de Coordinación de la Dirección General de Recaudación del Ministerio de Economía y Hacienda.

Don JOSÉ MIGUEL DEL POZO GUTIÉRREZ, Director-Gerente del Centro Informático Municipal del Ayuntamiento de Málaga.

Don ANTONIO MEDINA PÉREZ, Director-Gerente de la Empresa Municipal de Recaudación de Málaga.

Don JOSÉ ANTONIO RUIZ RICO, Registrador de la Propiedad.

Don PEDRO SÁNCHEZ MARTÍN, Registrador de la Propiedad.

Don JUAN JOSÉ SÁNCHEZ ONDAL, Jefe del Gabinete Jurídico de la Empresa de Recaudación Ejecutiva del Ayuntamiento de Madrid.

Don RAFAEL TALAVERA BERNAL, Tesorero del Ayuntamiento de Málaga.

### *Clausura:*

Ilustrísimo señor don ABELARDO DELGADO PACHECO, Director General de Recaudación del Ministerio de Economía y Hacienda.

3. *Jornadas sobre el mercado hipotecario español presente y futuro.*—Organizadas por la Asociación Hipotecaria Española se han celebrado en Madrid, los días 20 y 21 de marzo, con el siguiente programa:

“Conferencia de apertura (Ministerio de Economía y Hacienda)”, por PEDRO PÉREZ, Secretario de Estado de Economía.

“El mercado hipotecario desde la perspectiva de las entidades operadoras”, por JULIO RODRÍGUEZ, JAIME TERCEIRO y ALFREDO SAINZ ABAD.

“El mercado único y los mercados hipotecarios europeos por distintos representantes de países de la CEE”.

“La financiación hipotecaria y el sector de la construcción”, por MANUEL MARTÍ.

“Experiencia española en las nuevas formas de la financiación hipotecaria (hipoteca-pensión, *endowment*, etc.)”, por JOSÉ MEIJE.

“El mercado hipotecario y el sector de seguros”, por EDUARDO CARRERA

“El modelo hipotecario español”, por JOSÉ M.<sup>a</sup> GARCÍA ALONSO.

“Situación actual y perspectivas del mercado hipotecario”, por CRISTINA NARBONA y CARLOS CUERVO.

“El mercado hipotecario desde la perspectiva de su problemática jurídica”, por SEBASTIÁN SASTRE, ROBERTO BLANQUER e IGNACIO DEL RÍO GARCÍA DE SOLA.

“Líneas de reforma del mercado hipotecario español”, por JAVIER FREIXAS.

4. *II Foro de Derecho y Ciencia*.—En Avila se ha celebrado en la Cátedra Santa Teresa, de la Asociación Cultural Tellamar, en los días 19 y 21 de abril.

#### *Conferencias:*

“Una política fiscal para la familia”, por LEOPOLDO GONZALO GONZÁLEZ, Catedrático de Hacienda Pública de la UNED.

“Situación de la mujer en el ordenamiento jurídico actual”, por JOSÉ M.<sup>a</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, Académico y Catedrático.

“Reflexiones universitarias”, por FEDERICO FERNÁNDEZ BERJÁN, Profesor titular de Derecho Romano.

“Aspectos jurídicos de la bioética”, por JOSÉ MIGUEL SERRANO, Profesor titular de Filosofía del Derecho complutense.

5. *Jornadas sobre reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos*.—Han tenido lugar en el Palacio de Justicia de Madrid organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados, y se ha desarrollado con arreglo a este programa:

“Aspectos sociológicos de los arrendamientos urbanos”, por JOSÉ LUIS ALBÁCAR LÓPEZ, Magistrado del Tribunal Supremo.

“La prórroga forzosa hoy”, por JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO, Magistrado del Tribunal Supremo.

“Subrogaciones”, por JOAQUÍN ARGOTE ALARCÓN, Abogado.

“Tratamiento procesal de los arrendamientos urbanos: antes y después del RDL 2/85”, por LUIS ENRIQUE MUNTÁN BUXEDA, Abogado.

“Actualizaciones e incrementos de renta y repercusiones: presente y futuro”, por JUAN VENTURA FUENTES LOJO, Magistrado del Tribunal Supremo.

“Traspasos y cesiones”, por DANIEL LOSCERTALES FUERTES, Abogado.

“Economía y fiscalidad de los arrendamientos urbanos”, por ALFONSO MONGE MOLINA, Abogado.

6. *Congreso Notarial Español*.—Se ha celebrado en Madrid en los días 22 a 24 de abril, con el siguiente temario:

**TEMA I: “El Notariado español. Presente y futuro en su proyección social”.**

*Ponencia 1.<sup>a</sup>*: “La función notarial y otras funciones (administrativa, jurisdiccional y registral)”, por FRANCISCO CARPIO MATEOS, Notario de Granada.

*Ponencia 2.<sup>a</sup>*: “La profesión de Notario y otras profesiones”, por JOSÉ M.<sup>a</sup> SEGURA ZURBANO, Notario de San Sebastián.

*Ponencia 3.<sup>a</sup>*: “El Notario y la Sociedad”, por ANTONIO PÉREZ SANZ, Notario de Madrid.

**TEMA II y Ponencia 4.<sup>a</sup>: “La libertad de elección de Notario. La competencia desleal y la competencia insolidaria”, por AMALIO MENÉNDEZ LORAS, Notario de Madrid.**

7. *Jornadas prácticas sobre la reforma mercantil*.—Se han celebrado en los días 15 a 18 de abril en Madrid y están previstas para los días 13 a 16 de mayo en Barcelona, organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, la empresa Ernst-Young y el diario *Cinco Días*, en colaboración con FIRA de Barcelona y patrocinadas por el Banco Bilbao Vizcaya.

En ellas se han analizado las principales cuestiones planteadas en los Registros Mercantiles, con arreglo al siguiente programa:

“Fundación de sociedades mercantiles”, por MARÍA PILAR PALAZÓN VALENTÍN, Registradora Mercantil de Huesca.

“La denominación social: problemas planteados”, por MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA, Registrador Mercantil de Madrid.

“Documentación, elevación a instrumento público y modo de acreditar los acuerdos sociales”, por JOAQUÍN LANZAS GALVACHE, Registrador Mercantil de Sevilla.

“El órgano de administración”, por LAURA CANO ZAMORANO, Registradora Mercantil de Valencia.

- “Modificaciones estatutarias y transformación de sociedades”, por JOAQUÍN RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Registrador Mercantil de Pamplona.
- “Escisiones, disoluciones y liquidaciones de sociedades”, por JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, Registrador Mercantil de San Sebastián.
- “Cuestiones de Derecho transitorio”, por MANUEL GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, Registrador Mercantil de Madrid.
- “La sociedad de responsabilidad limitada”, por HELIODORO SÁNCHEZ RUS, Registrador Mercantil de Barcelona.
- “El depósito de cuentas de los empresarios”, por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador Mercantil de Barcelona.
- “Jurisprudencia registral sobre la reforma mercantil”, por ANTONIO PAU PEDRÓN, Director general de los Registros y del Notariado y Registrador de la Propiedad y Notario excedente.

Todas las ponencias seguidas de coloquio. Fueron los moderadores ERNESTO EKAIZER, Director de *Cinco Días*; JUAN PABLO RUANO BORRELLA, Director del Centro de Estudios Registrales, y JOSÉ M.<sup>a</sup> CERVELLÓ GRANDE, Socio Director del Departamento Legal de Ernst & Young.

El último día de las Jornadas se dedicó a mesas redondas sobre:

- “Fundación. Denominación social. Órgano de administración y sociedad limitada”.
- “Documentación de acuerdos sociales. Modificaciones estatutarias. Fusiones, escisiones y Derecho transitorio”.
- “Depósito de cuentas”.

La clausura en Madrid, el día 18, estuvo presidida por el señor Ministro de Justicia.

8. *II Curso de Derecho y Empresa*.—Se han celebrado en el mes de abril en la Universidad Complutense de Madrid, con las siguientes ponencias:

- “El empresario y la normativa fiscal”, por JOSÉ LUIS PÉREZ DE AYALA, Catedrático de Economía Política y Derecho Fiscal.
- “El Derecho económico y las relaciones internacionales”, por JOSÉ LUIS LAMPREAVE PÉREZ, Catedrático de Economía Política y Derecho Fiscal.

“La empresa y el sistema económico”, por JOSÉ T. RAGA GIL, Catedrático de Economía Política y Derecho Fiscal.

“Liberalismo y colectivismo en el mundo de la empresa”, por RAFAEL TERMES, empresario bancario.

“Dirección y gestión de la empresa privada”, por JUAN GAMECHOGOICOE-CHEA, empresario.

“Autonomías de los valores jurídicos”, por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, Catedrático de Derecho Civil y Magistrado del Tribunal Constitucional.

“La empresa en la sociedad”, por ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, Catedrático de Derecho Natural y Filosofía del Derecho.

“Otra perspectiva: la empresa pública”, por ANGEL CANOSA, empresario.

9. *Primer encuentro de estudiantes, profesores y profesionales del Derecho.*—Organizado por la Universidad Autónoma de Madrid y una conocida editorial, se ha celebrado durante el mes de abril en San Lorenzo del Escorial.

Se pronunciaron estas conferencias:

“Persona y Derecho”, por ANTONIO TRUYOL SIERRA, Catedrático de Filosofía del Derecho y Magistrado del Tribunal Supremo.

“Estado y Derecho: la apropiación del Derecho”, por DALMACIO NEGRO PAVÓN, Catedrático de la Facultad de Ciencias Políticas.

“Derecho y poder”, por ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, Catedrático de Derecho procesal, vocal del Consejo del Poder Judicial.

Finalizó con una mesa redonda sobre “El problema de la justicia en España”.

LA REDACCIÓN

# JURISPRUDENCIA



# I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

*Sentencia de 29 de marzo de 1990.*—LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL.—Sólo es inconstitucional el número 4 del artículo 37.—Pleno.—Ponentes: Sres. Díaz Eimil, López Guerra y Gimeno Sendra.

*Hechos.*—En los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 859/1985, interpuesto por el Parlamento de la Generalidad de Cataluña; 861/1985, interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña; 864/1985, interpuesto por la Junta de Galicia, y 870/1985, formulado, en nombre y representación del Gobierno Vasco, frente a determinados preceptos de la LOPJ 6/1985 de 1 de julio. Ha sido parte el Gobierno de la Nación.

*Fallo.*—El Tribunal Constitucional ha decidido:

1.º Estimar parcialmente los recursos de inconstitucionalidad, y a tal efecto:

a) Declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del artículo 37.4 LOPJ.

b) Declarar que no son inconstitucionales los artículos 171.4, interpretado en el sentido del FJ 13.b); el artículo 439.2, interpretado en el sentido del FJ 43; los artículos 455 y 469.2, interpretados en el sentido del FJ 11, apartados a) y c), respectivamente.

2.º Desestimar los recursos en todo lo demás.

*Fundamentos jurídicos. Primero.*—Dado el número de los preceptos de la LOPJ que se impugnan en los recursos acumulados, la variedad de materias de que se tratan y la diversidad de los motivos de impugnación que frente a tales preceptos se aducen, resulta conveniente, para una mayor claridad en la exposición de los presentes fundamentos jurídicos, dividir éstos en varios apartados genéricos, para sistematizar —siquiera sea en forma global y aproximativa— las cuestiones a resolver. En consecuencia, y a la vista de las alegaciones formuladas por los recurrentes y la representación del Gobierno de la Nación, analizaremos sucesivamente los siguientes bloques temáticos:

A) Con carácter previo, la cuestión, suscitada por el Abogado del Estado, relativa a la legitimación de los recurrentes.

B) Las impugnaciones relativas a los efectos de las cláusulas contenidas en los artículos 35.3 del EA País Vasco, 18.1 EA Cataluña y 20.1 EA Galicia, por las que las respectivas Comunidades asumen las facultades que la LOPJ reconozca o atribuya al Gobierno del Estado ("cláusulas subrogatorias").

C) Las cuestiones relativas a la participación de las CC.AA. en la organización de las demarcaciones judiciales (art. 152.1.2.º CE).

D) Las impugnaciones referentes a las competencias que se atribuyen a los diversos órganos jurisdiccionales por la LOPJ.

E) Finalmente, un conjunto de impugnaciones de índole muy diversa, no reconducibles a los apartados anteriores.

A) *Legitimación de los recurrentes. Segundo.*—Antes de iniciar el examen de las impugnaciones deducidas por los órganos recurrentes es obligado dar respuesta al alegato previo del Abogado del Estado, quien ha puesto de manifiesto, con cita de los artículos 162.1 CE y 32.2 LOTC, lo que a su juicio constituye una falta de legitimación de aquellos órganos para impugnar algunas de las disposiciones de la LO 6/1985 combatidas en estos recursos. Estima, en efecto, la Abogacía del Estado que la referencia del citado artículo 32.2 a las leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley que puedan afectar al “propio ámbito de autonomía” de las Comunidades cuyos órganos pretendan recurrir supone tanto como una exclusión de la legitimación de tales órganos para impugnar los preceptos de Ley que no entrañen una lesión de las competencias autonómicas, pues sólo dichas competencias —observa— definen la “autonomía” a la que se refiere la invocada regla de la LOTC. Este entendimiento de la legitimación autonómica en el recurso de inconstitucionalidad lleva al defensor de la Ley a reconocer que dicha legitimación cuando las presentes impugnaciones expresan lo que llama una “reivindicación competencial pura y simple”, y a negarla, por consiguiente, en aquellos otros supuestos en los que los recursos manifiestan “una pura discrepancia frente al contenido material de la regulación legal, sin indicio alguno de reivindicación competencial”. Tal sería el caso —concluye el Abogado del Estado— de las impugnaciones frente a los preceptos de la LO 6/1985 relativos a la “planta y configuración de los Tribunales o de los recursos”.

*Tercero.*—La interpretación en la que tal conclusión se apoya ha sido, sin embargo, expresamente descartada por la doctrina de este Tribunal, que ha tenido ya ocasión de declarar que “la legitimación de las CC.AA. para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está subjetivamente limitada a la defensa de sus competencias propias, si esta expresión se entiende en su sentido habitual, como acción dirigida a reivindicar para sí la titularidad de una competencia ejercida por otros” (STC 84/1982, FJ 2.º, y, en términos análogos, SSTC 26/1987 y 74/1987, FJ 1.º, de ambas resoluciones). Ni, en efecto, el recurso de inconstitucionalidad puede ser equiparado o asimilado al conflicto de competencias —siendo como es un instrumento al servicio de la depuración objetiva del ordenamiento— ni cabe tampoco, por lo mismo, identificar la expresión “propio ámbito de autonomía” (art. 32.2 LOTC) con el elenco de competencias estatutarias de las Comunidades recurrentes, pues dicha expresión legal remite, más ampliamente, a la oposición institucional en el ordenamiento de las CC.AA., vale decir, al conjunto de sus competencias y facultades y también a las garantías, constitucionales y estatutarias, que dan forma y preservan dicha autonomía. El ámbito de ésta podrá verse afectado, en suma, no sólo cuando las competencias autonómicas se digan menoscabadas, directa o indirectamente, por el Estado, sino también —y con los mismos efectos positivos sobre la legitimación— en los casos en que el órgano de la Comunidad aduzca una conculcación, por reglas estatales, de cualquiera de las garantías que, en la CE y en el Estatuto, han de ser vistas como el presupuesto y la base misma de la autonomía, o como su proyección en la organización integral del Estado.

Por lo dicho, los órganos autonómicos que recurren están legitimados para hacerlo no sólo en aquellos casos en que sus representaciones aducen una invasión o constricción *ope legis* de determinadas competencias de la respectiva Comunidad, esto es, frente a las reglas relativas a las demarcaciones judiciales, a los nombramientos de personal, a la provisión de medios materiales, a la publicación del nombramiento de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, a la representación y defensa en juicio de las CC.AA., a la colegiación obligatoria o, respecto de la CA de Cataluña, a la regulación de los Tribunales Arbitrales de Censos. Más allá de estas impugnaciones —frente a cuya viabilidad no opone tacha alguna el Abogado del Estado—, la misma legitimación se ha de reconocer para las que se formulan contra preceptos de la LO 6/1985 que versan sobre cuestiones o materias acerca de las cuales los EA atribuyen determinadas facultades o imponen ciertos mandatos, a las CC.AA. de Cataluña, Galicia o el País Vasco, pues en tales casos (relativos al empleo procesal de las lenguas cooficiales o a los méritos, en los concursos, consistentes en el conocimiento de dichas lenguas y del Derecho propio de las Comunidades) las facultades o mandatos dichos, a los que después se aludirá, operan, sin duda, como el “punto de conexión” (STC 84/1982, FJ 1.º) entre regla impugnada e interés para recurrir del que la legitimación brota.

Tampoco cabe, por último, negar la legitimación de los órganos recurrentes, para controvertir, en este cauce, la validez de determinados preceptos de la LOPJ que han conculcado —a decir de las demandas— las reglas estatutarias definidoras de la competencia de los órganos jurisdiccionales radicados en el territorio respectivo y, en concreto, aquellas que determinan la competencia de los TSJ. Es muy cierto que estas impugnaciones no expresan, ni directa ni indirectamente, reivindicación competencial de tipo alguno, pero también lo es que su fundamento se sitúa en concretos preceptos estatutarios (arts. 19 y 20 EA Cataluña, 21 y 22 EA Galicia y 34 EA vasco) reguladores de la competencia de los órganos jurisdiccionales sitos en cada uno de aquellos territorios, normativa estatutaria ésta cuya hipotética modificación por la LOPJ suscita, inequívocamente, un problema de interpretación de los Estatutos para cuyo planteamiento no puede negarse legitimación a las CC.AA., tanto más cuanto que la exigencia específica que establece el repetido artículo 32.2 LOTC no puede ser interpretada de forma restrictiva, sino en favor del reconocimiento de la legitimación (STC 199/1987, FJ 1.º). Cualquiera que sea la razón sustantiva que pudieran encerrar estas quejas, lo que las mismas expresan es una defensa de la norma institucional básica de la propia Comunidad (art. 147.1 CE), cuya intervención es necesaria, por lo demás, para la revisión de su Estatuto. No es posible, por ello, desconocer el interés de las Comunidades recurrentes en defender y hacer valer, por este cauce, la integridad de las normas de su Estatuto, integridad que constituye, claro está, la primera de las garantías de su autonomía.

Mención aparte —aunque no solución diversa— merece, en fin, el alegato de la representación de la Junta de Galicia frente a las reglas de la LO 6/1985 que mantienen a la provincia como uno de los tipos de demarcación territorial del Poder Judicial. Este alegato parece formularse desde un determinado entendimiento de lo que impondría el artículo 20.2 EA Galicia, y basta con constatarlo así y con reiterar lo antes dicho para reconocer, también en cuanto a este extremo, la legitimación de quien recurre.

B) *Cláusulas subrogatorias en los Estatutos de Autonomía. Cuarto.*—Entran-  
do ya en las impugnaciones concretas dirigidas contra la LOPJ y en relación con

la distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA., entienden los recursos planteados que determinados extremos de la norma estatal entorpecen la asunción de competencias realizadas por las CC.AA. en virtud de las que se ha dado en llamar cláusulas "subrogatorias"; éste es el primer bloque material que procede analizar. El problema medular que se plantea en este terreno es el del alcance que tienen estas cláusulas presentes en distintos EA, entre otros, en los de las CC.AA. recurrentes. Los respectivos preceptos, con pocas variaciones, vienen a establecer que la correspondiente Comunidad Autónoma ejerce "las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de su Consejo General reconozcan o atribuyan al Gobierno del Estado" en relación con la Administración de Justicia [arts. 35.3 EAPV, 18.1 EACat., 2.1 EAG, 52.1 EAA, 41.1 EAA, 39.1 EAMu, 39.1 EACV, 32.1.a EAAr, 27.a EACM, 27.1 EACan, 60.1 LORARFN, 47 EAEx, 52.1 EAIB, 50.1 EAMA].

Parten los recursos de considerar que el concepto de "Administración de Justicia" que el artículo 149.1.5 utiliza para reservar una competencia como exclusiva para el Estado es susceptible de una doble interpretación, al menos. Dicho de otra forma, entienden los recursos que se reserva como competencia exclusiva del Estado la Administración de Justicia entendida como Poder Judicial, lo que equivale a decir que corresponde al Estado como competencia exclusiva el ejercicio de la función jurisdiccional, así como de todo aquello que supone una exigencia absoluta para que dicha función se cumpla de manera independiente, tal y como establece el artículo 117.1 CE. Pero, junto a ese núcleo irreducible que constituye la competencia del artículo 149.1.5, existe un concepto más amplio de Administración de Justicia en el que se incluye todo lo relacionado con los medios personales y materiales que sirven de ayuda o auxilio para el ejercicio de la función jurisdiccional, pero que no forma parte de ese núcleo irreducible. El artículo 149.1.5 CE no alcanza a esta materia, denominada gráficamente "Administración de la Administración de Justicia", y, en consecuencia, se ha podido asumir por los EA en virtud del juego de la cláusula residual del artículo 149.3.

Frente a este planteamiento, el Abogado del Estado opone la nulidad de la competencia sobre "Administración de Justicia" reservada al Estado en el artículo 149.1.5 CE. Reconoce el representante estatal que conceptualmente es posible establecer la diferencia entre "Administración de Justicia" y "Administración de la Administración de Justicia", pero todo ello dentro de una única competencia reservada al Estado en el artículo 149.1.5 CE. Esa distinción tiene efectos dentro de los poderes estatales para identificar el núcleo que afecta al gobierno del Poder Judicial, competencia de su Consejo General, y lo que puede quedar en manos del Ejecutivo estatal. Más allá de ello, nada hay en la CE que permita aplicar esta distinción dentro del concepto usado por el citado artículo 149.1.5 CE.

Así centrado, en principio, el debate, procede, como primer paso, determinar cuál es el contenido de la competencia asumida por las CC.AA. en virtud de las cláusulas subrogatorias presentes en sus respectivos Estatutos.

*Quinto.*—Si se partiera de una concepción amplia del concepto Administración de Justicia, identificándola con el contenido de la materia reservada como exclusiva al Estado por el artículo 149.1.5 CE, existiría una clara oposición entre EA y CE. En efecto, esa interpretación supondría que mientras que la CE reserva en exclusiva una materia al Estado, los Estatutos, mediante la subrogación, asumen competencias que les estarían vedadas.

Dos intentos existen de salvar esta contradicción. El primero de ellos, defen-

dido en su recurso por la Junta de Galicia, sería el consistente en entender que los EA en este punto actúan, no como instrumento de asunción de competencias, sino como instrumento de transferencia o delegación de una competencia estatal; así se explicaría que se asumieran funciones de una competencia cuya titularidad exclusiva pertenece al Estado. No obstante —y concordando en esto con la doctrina generalmente aceptada—, debe considerarse inadecuada esta construcción. Los EA, pese a su forma de LO, no son instrumentos ni útiles ni constitucionalmente correctos por su naturaleza y modo de adopción, para realizar las transferencias o delegaciones de facultades de una materia de titularidad estatal permitidas por el artículo 150.2 CE. Ello porque, muy resumidamente expuesto y sin agotar los posibles argumentos, a pesar de su forma de LO, el EA se adopta mediante un complejo procedimiento distinto del de las leyes orgánicas comunes. Utilizar, pues, el Estatuto como instrumento de transferencia o delegación implicaría dar rigidez a una decisión estatal en una manera no deseada por el constituyente y que choca con la mayor flexibilidad que los instrumentos del artículo 150.2 han de poseer. Por otra parte, este último precepto implica una decisión formalmente unilateral por parte del Estado, susceptible de renuncia y de introducción de instrumentos de control; el Estatuto, en cambio, supone una doble voluntad y una falta de disposición estatal a la hora de derogar la transferencia o delegación o de introducir esos instrumentos de control. Como se ha señalado, y resumiendo, si el Estatuto es el paradigma de los instrumentos jurídicos de su autoorganización, la transferencia y delegación cae en el ámbito de la heteroorganización.

Una segunda interpretación de las cláusulas subrogatorias es la que realiza el Abogado del Estado en sus alegaciones. Partiendo, como se ha visto, de la unidad conceptual de la materia "Administración de Justicia" y de la reserva en exclusiva de ella al Estado, entiende el Abogado del Estado que la cláusula subrogatoria sólo puede referirse a aquellas funciones que expresamente permita asumir la CE dentro de esa materia. Ello le lleva a poner en relación cláusulas subrogatorias y artículo 152.1.2, *in fine*. Como excepción a la reserva general del artículo 149.1.5 CE, el citado precepto permite asumir una sola competencia en materia de Administración de Justicia: la participación de las CC.AA. en la organización de las demarcaciones judiciales dentro de su territorio. El valor de las cláusulas subrogatorias es, pues, según el Abogado del Estado, el de actuar como instrumento de asunción de esa competencia constitucionalmente permitida. Sin embargo, la anterior construcción no resulta coherente con la regulación de la materia en los EA; en efecto, el aceptar el sentido que el Abogado del Estado da a las cláusulas subrogatorias supondría tanto como dejar privados de razón de ser (o estimar reiterativos) los múltiples preceptos estatutarios que, unidos o no a las cláusulas subrogatorias, se refieren expresamente a la competencia asumida en materia de participación en la delimitación de demarcaciones judiciales (arts. 31.1.2 EAPV, 18.2 EACat, 20.2 EAGa, 52.2 EAAAn, 41.2 EAAs, 39.2 EAMu, 39.2 EAPV, 39.1.b EAAr, 27.b EACM, 27.2 EACan, 60.2 LOFAN, 44 EAEx, 52.2 EAIB, 50.2 EAMa; los Estatutos de Cantabria —art. 43— y Castilla y León —art. 24—, aunque sin cláusula subrogatoria, se refieren expresamente a la demarcación judicial). La postura mantenida por el Abogado del Estado, pues, da sentido a una competencia asumida estatutariamente, pero privando de significado a otra. En conclusión, debe ser otro el camino a seguir para dar coherencia al bloque de la constitucionalidad en este terreno salvando la aparente contradicción existente entre Estatutos y CE, y buscando una interpretación de aquéllos conforme a la CE, en una línea hermenéutica de carácter general y afirmada específicamente

en relación con los Estatutos de manera reiterada por este Tribunal (STC 18/1982, entre las primeras).

*Sexto.*—A la vista del proceso de aprobación de los EA y de la propia Constitución, puede afirmarse que la distinción entre un sentido amplio y un sentido estricto en el concepto de Administración de Justicia no es algo irrelevante jurídicamente. Esa diferencia presente en toda la organización y regulación de la función jurisdiccional, como reconoce el propio Abogado del Estado, tiene, al menos, valor para distinguir entre función jurisdiccional propiamente dicha y ordenación de los elementos intrínsecamente unidos a la determinación de la independencia con que debe desarrollarse, por un lado, y otros aspectos que, más o menos unidos a lo anterior, le sirven de sustento material o personal, por otro. Esta distinción está presente tanto en el proceso constituyente como en el estatuyente y en el de aprobación, primero, de la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial, y luego de la LOPJ, entre otros motivos, por la transformación que la Constitución introdujo en la organización y gobierno del Poder Judicial, la consagración de un auténtico sistema de autogobierno organizado, siguiendo la línea del Derecho Comparado europeo, en torno a la existencia de un órgano específico hacia necesario, antes de proceder a un reparto de poder territorial, delimitar el campo de autogobierno que garantizara la independencia respecto de otras funciones accesorias o de auxilio no incluidas ni en la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, ni en ese autogobierno garantía de la independencia funcional.

Este dato explica no sólo la secuencia normativa en la materia, sino también que se acudiera a una técnica peculiar de asunción de competencias como es la subrogatoria; ésta, a la postre, supone una previa definición de campos por el legislador estatal para asumir luego las CC.AA. lo que se reserve al ejecutivo estatal. Dicho de otra manera, la introducción de un nuevo sistema de autogobierno llevó a los poderes públicos a aplazar la decisión sobre el alcance de las facultades de los distintos entes territoriales hasta que se realizara una previa operación de deslinde: qué afectaba al autogobierno y qué no afectaba al autogobierno.

Partiendo del anterior dato, la construcción realizada por las CC.AA. recurrentes adquiere pleno sentido. El artículo 149.1.5 CE reserva al Estado como competencia exclusiva la "Administración de Justicia"; ello supone, en primer lugar, extremo éste por nadie cuestionado, que el Poder Judicial es único y a él le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo Juzgado, y así se desprende del artículo 117.5 CE; en segundo lugar, el gobierno de ese Poder Judicial es también único, y corresponde al Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 CE). La competencia estatal reservada como exclusiva por el artículo 149.1.5 termina precisamente allí. Pero no puede negarse que, frente a ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia, existen un conjunto de medios personales y materiales que, ciertamente, no se integran en ese núcleo, sino que se colocan, como dice expresamente el artículo 122.1, al referirse al personal, "al servicio de la Administración de Justicia", esto es, no estrictamente integrados en ella. En cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial, cabe aceptar que las CC.AA. asuman competencias sobre esos medios personales y materiales. Ciertamente, deslindar los elementos básicos del autogobierno era una tarea difícil de realizar en el momento en que se aprobaron los EA, y eso explica que se dejara ese deslinde al legislador orgánico, sin perjuicio del hipotético control de constitucionalidad de este Tribunal. Lo que la cláusula subrogatoria supone es aceptar el deslinde que

el Estado realiza entre Administración de Justicia en sentido estricto y "Administración de la Administración de Justicia"; las CC.AA. asumen así una competencia por remisión a ese deslinde, respetando como núcleo inaccesible el artículo 149.1.5 CE, con la excepción de lo dispuesto en el artículo 152.1.2.

*Séptimo.*—Las anteriores consideraciones suponen, pues, aceptar la legitimidad de una subrogación autonómica respecto de las atribuciones en favor del Gobierno de la Nación efectuadas por la LOPJ; sin embargo, y antes de entrar en las impugnaciones concretas, conviene realizar algunas breves observaciones sobre las objeciones que el Abogado del Estado ha realizado a la construcción de los recurrentes:

A) En primer lugar, tiene razón el Abogado del Estado al afirmar que el artículo 149.1.5 CE se refiere a una única "materia", la Administración de Justicia. Pero con esa afirmación no se aclara el problema planteado, que consiste, precisamente, en determinar el alcance de ese concepto como "materia". Dicho de otra forma, no se cuestiona la unidad material de la "Administración de Justicia" del artículo 149.1.5; lo que se cuestiona es si la denominada "Administración de la Administración de Justicia" se integra o no en el citado precepto o si, por el contrario, se trata de otra materia independiente y, por tanto, situada fuera del ámbito de la Administración de Justicia. Esta segunda tesis es la que ha prosperado.

B) En segundo lugar, en apoyo de su tesis el Abogado del Estado invoca el artículo 121 CE, que se referiría, como términos distintos, a la función judicial y la "administración de justicia", pero en sentido distinto al usado por los recurrentes. La referencia a Administración de Justicia como algo distinto de la función judicial abona, según su tesis, el que las actuaciones y medios de apoyo a esa función se integran en la Administración de Justicia, y que, de acuerdo con el artículo 149.1.5, corresponderían en exclusiva, también, a la competencia estatal. Pero, de nuevo el Abogado del Estado olvida que precisamente la cuestión debatida es si el concepto de Administración de Justicia es o no usado en un doble sentido en la CE. Además, tampoco es cierto que el artículo 121 CE contraponga función judicial y Administración de Justicia. El precepto se refiere específicamente a uno de los supuestos de acciones que pueden provocar responsabilidad: el error judicial. Posteriormente añade una referencia genérica a los demás supuestos que se resumen en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Y dentro de esta previsión general caben tanto acciones u omisiones encuadrables en la función judicial como en aquellas otras funciones que sirven de soporte a ésta.

C) El mismo precepto (art. 121 CE) es invocado por el Abogado del Estado en defensa de su tesis en tanto predica la responsabilidad por daños causados por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, respecto del Estado y no de ningún otro ente territorial. Este argumento resulta también forzado. Hay que recordar, en primer lugar, que el concepto "Estado" posee una naturaleza equívoca por cuanto puede usarse en distintos sentidos y, en concreto, bien como equivalente al conjunto de los poderes públicos, bien limitándose al conjunto de las instituciones "centrales", o de ámbito nacional, en oposición a las CC.AA. Pero, y aparte de ello, la propia ubicación del artículo 121 explica que se trate de un precepto cuya finalidad está lejos de ser la de delimitar competencias entre el Estado y las CC.AA. o, incluso, la de delimitar la titularidad concreta de una responsabilidad. Es un precepto que reconoce un derecho y que

expresamente se remite a la Ley para concretar los aspectos específicos de su ejercicio.

D) Por último, tampoco puede argumentarse que los EA hagan uso de la expresión Administración de Justicia en sentido equivoco. Ello es congruente con la propia vaguedad del concepto y con su uso constitucional. Además, aunque se distingan dos sentidos en la expresión, no cabe duda de que ambos sentidos están relacionados, por lo que la regulación conjunta por los EA resulta razonable.

*Octavo.*—Con lo expuesto quedan contestadas las objeciones que el Abogado del Estado opone a la distinción en que se basan las Comunidades recurrentes. Sin embargo, y antes de analizar las impugnaciones específicas, conviene aún hacer una serie de consideraciones adicionales para centrar correctamente el debate estableciendo los límites que derivan de la correcta aplicación de las cláusulas subrogatorias:

A) En primer lugar, y por obvio que resulte, hay que recordar que las competencias que asumen las CC.AA. por el juego de la cláusula subrogatoria no pueden entrar en el núcleo de la Administración de Justicia en sentido estricto, materia inaccesible por mandato del artículo 149.1.5 CE, sin perjuicio de la excepción relativa a la demarcación judicial, tema sobre el que posteriormente se volverá.

B) En segundo término, tampoco pueden las CC.AA. actuar en el ámbito de la “Administración de la Administración de Justicia” en aquellos aspectos que la LOPJ reserva a órganos distintos de Gobierno o de alguno de sus departamentos.

C) En tercer lugar, y esto lo aceptan las Comunidades recurrentes, la asunción de las facultades que corresponden al Gobierno encuentra un límite natural: el propio ámbito de la CA. Dicho de otra forma, el alcance supracomunitario de determinadas facultades del Gobierno excluyen la operatividad de la cláusula subrogatoria; como ejemplos se citan, entre otros, el de la dependencia del Centro de Estudios Judiciales, adscripción del Instituto de Toxicología a la cooperación internacional.

D) En cuarto lugar, la remisión se realiza a las facultades del Gobierno, lo que, en consecuencia, identifica las competencias asumidas como de naturaleza de ejecución simple y reglamentaria, excluyéndose, en todo caso, las competencias legislativas.

E) En quinto lugar, al analizar cada uno de los supuestos concretos de invasión de competencias, el marco de enjuiciamiento no puede ser sólo la competencia residual sobre “administración de la administración de justicia”; ello porque en cada caso habrá que determinar si existen otros títulos competenciales con incidencia en la materia.

*Noveno.*—Las impugnaciones específicas dirigidas contra la LOPJ por vulneración de las cláusulas subrogatorias se agrupan por razón de la materia en tres categorías: las referentes al estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia, las que afectan a los medios materiales y un tercer grupo donde se incluyen distintas impugnaciones de diversa naturaleza. Siguiendo, pues, el planteamiento de la mayoría de los recursos puede darse respuesta a cada una de estas cuestiones, comenzando, en consecuencia, por lo que afecta al estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia. Pero antes de entrar en su análisis concreto, como observa-

ción general hay que señalar que dada la propia técnica subrogatoria no son inconstitucionales aquellos preceptos que se limitan a regular una función ejecutiva atribuyéndola al ejecutivo estatal, bien en cuanto Gobierno, bien en cuanto Ministerio de Justicia. Ello porque, como se ha visto, la propia técnica subrogatoria exige esa atribución por parte de la LOPJ, puesto que de otra forma no podría entenderse que se hubiera asumido la competencia por la CA. En consecuencia, sólo puede existir infracción en los casos en que la normativa introducida por la LOPJ obstaculice o dificulte el ejercicio competencial por parte de la CA en aquellos supuestos en que efectivamente pueda jugar la cláusula subrogatoria. Otra cosa es que en muchas ocasiones la cuestión que se suscita en buena técnica jurídica no es determinar si los preceptos de la LOPJ respetan o no los EA, sino interpretar respecto del conjunto de aspectos regulados por la norma estatal si puede operar la cláusula subrogatoria.

*Décimo.*—Entrando ya en lo referente al estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia, debe comenzarse recordando que las competencias que pueden asumirse en este terreno por parte de las CC.AA., en virtud de las cláusulas subrogatorias, en ningún caso pueden ser legislativas. Congruentemente con lo anterior, corresponde al Estado fijar normativamente el estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia. Ello se desprende tanto de la limitación antes señalada como de otro título competencial: el que deriva del mandato expreso del artículo 122.1 CE, que dispone que la LOPJ “determinará el estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia”. Concede así la CE al legislador orgánico (y por tanto estatal) la potestad de configurar el estatuto de ese personal, y ante la atribución expresa a la LOPJ en este sentido las cláusulas subrogatorias de los EA han de interpretarse a la luz de lo que en esa disposición estatal se prevea. Pues, en cualquier caso, y ante el mandato constitucional, las cláusulas estatutarias atributivas de competencias a las respectivas CC.AA. no podrán implicar que se prive al legislador orgánico de la “determinación del estatuto de personal” de que se trate, ni que se vacíe de contenido a los preceptos al respecto de la LOPJ. La eficacia de las cláusulas subrogatorias de los Estatutos, por consiguiente, operará en tanto no afecten al ámbito reservado a la regulación orgánica, es decir, en tanto no alteren los elementos allí contenidos que puedan reputarse definitorios y esenciales del estatuto del personal. Con respecto al contenido de éste, y como ya señalamos en nuestra STC 99/1987, con referencia al estatuto de los funcionarios públicos, “se trata de un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto o *a priori*, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales...” [FJ 3c].

A este respecto, ha de tenerse en cuenta que la LO, en su artículo 454.2, ha venido a optar por un modelo consistente en la consideración de los Cuerpos de la Administración de Justicia como Cuerpos Nacionales, lo que comporta, evidentemente, la necesidad de un régimen común en todo el territorio nacional; decisión que (aun cuando, posiblemente, no fuera la única constitucionalmente aceptable) viene sin duda justificada por cuanto, aun cuando no sean tales cuerpos, estrictamente, parte de la Administración de Justicia en el sentido del artículo 149.1.5 CE, sí resulta su actuación necesaria, en cuanto colaboración im-

prescindible, para la actividad de esa Administración y el cumplimiento de sus funciones. Su consideración como Cuerpos Nacionales y el establecimiento de un régimen común aparecen así como la técnica adoptada por el legislador orgánico para garantizar en forma homogénea, en todas las CC.AA., los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración de Justicia.

Pues bien, este pronunciamiento de la LOPJ supone no sólo unos elementos normativos materiales comunes, sino también, y para garantizar la existencia de un efectivo régimen homogéneo, la reserva a unas instancias comunes de aquellas actuaciones que, aun siendo típicamente ejecutivas, pueden afectar en forma decisiva a elementos esenciales del estatuto de los funcionarios integrados en los Cuerpos Nacionales al Servicio de la Administración de Justicia. Ha de considerarse, por ello, que quedan excluidos de las cláusulas subrogatorias de los EA aquellas atribuciones que, encomendadas por la LOPJ al Gobierno de la Nación, resultan obligatoriamente reservadas a éste para mantener el carácter propio de Cuerpo Nacional; pues de lo contrario vendría a vaciarse de contenido las previsiones de la LOPJ en este sentido, contradiciéndose el mandato del artículo 122 CE. Mientras que, por el contrario, si jugarán su papel las cláusulas subrogatorias respecto de todas aquellas atribuciones encomendadas al ejecutivo estatal que no resulten imprescindibles o esenciales para el mantenimiento del carácter de Cuerpo Nacional respecto de los integrados de la Administración de Justicia.

Es desde esta perspectiva como han de analizarse las impugnaciones de los artículos de la LOPJ en que se hace referencia específica al Gobierno o al Ministerio de Justicia como titulares de atribuciones en materia de personal de la Administración de Justicia, para comprobar si tales referencias vulneran las cláusulas subrogatorias de los EA catalán, vasco y gallego. A este respecto ha de señalarse, en primer lugar, que varios de los órganos recurrentes (aparte de otras impugnaciones específicas) piden genéricamente la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 454 a 471, y 484 a 508 LOPJ. Esta petición, así formulada, no puede prosperar, por cuanto, como se dijo, no cabe excluir sin más que la LOPJ atribuya determinadas funciones en materia de personal a instancias ejecutivas nacionales, por lo que se hace necesario examinar individualizadamente los diversos preceptos que reservan esas funciones al Gobierno o al Ministerio de Justicia para determinar si impiden o no el ejercicio de competencias correspondientes a las CC.AA.

*Undécimo.—a)* Entrando en las referencias específicas que la LOPJ realiza al Gobierno o al Ministerio de Justicia, la primera a analizar es la que se refiere a la cláusula general artículo 455 que establece la competencia del Ministerio de Justicia sobre “todas las materias relativas al Estatuto y régimen jurídico” del personal integrado en los Cuerpos de Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia “comprendidos la selección, formación y perfeccionamiento, así como la provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario”.

El precepto realiza, pues, una referencia genérica en relación con los aspectos ejecutivos del estatuto y régimen jurídico de los Cuerpos Nacionales al Servicio de la Administración de Justicia; como tal, y en tanto tengan una dimensión supraautonómica, esas operaciones ejecutivas corresponden al Ministerio de Justicia, sin que la cláusula subrogatoria pueda tener relevancia alguna.

Definidos los Cuerpos como de ámbito nacional, no cabe duda que todo lo que afecta a la selección, formación y perfeccionamiento posee una dimensión supraautonómica, sin perjuicio de la posibilidad de que, especialmente en el campo de la formación y perfeccionamiento profesional, las CC.AA. puedan

coadyuvar mediante técnicas de colaboración o auxilio. Lo mismo puede decirse de la relación con los ascensos y situaciones administrativas, extremos éstos sólo gestionables desde una única instancia dada la unidad de Cuerpos.

En relación con la provisión de destinos, en cambio, sí parece que la cláusula subrogatoria puede actuar aunque no de manera total. No es posible la subrogación, obviamente, en relación con las plazas que se sitúen en órganos judiciales de ámbito supracomunitario: Pero el carácter nacional de los Cuerpos de Personal al Servicio de la Administración de Justicia no impide el juego de la cláusula subrogatoria en relación con la provisión de destinos en órganos de ámbito territorial igual o inferior al de CA. En estos casos, no obstante, la unidad de Cuerpo ha de traer consigo la necesaria colaboración de cada una de las CC.AA. competentes con el Ministerio de Justicia, en los términos que prevea una futura y necesaria normativa.

b) Por lo que respecta al régimen disciplinario, resulta ciertamente imprescindible su homogeneidad en todo el ámbito estatal para que pueda hablarse de Cuerpos Nacionales. En los aspectos ejecutivos que atañen a esta materia y sobre los que versan los diferentes recursos, el único problema se plantea en relación con las sanciones y correspondientes recursos que según el artículo 464.3 y 4 imponen y resuelven Ministerio de Justicia y Consejo de Ministros; ello es así porque las menos graves las imponen directamente los titulares de los órganos judiciales, sin que, en consecuencia, pudiera en ningún caso jugar la cláusula subrogatoria.

La sanción de separación de servicio está conectada, obviamente, *a contrario* con el ingreso en el Cuerpo correspondiente. La opción de la LOPJ por la estructuración del personal al servicio de la Administración de Justicia mediante Cuerpos Nacionales supone la exigencia de unas instancias comunes que decidan sobre la integración y la separación del Cuerpo: la existencia de tales instancias comunes se convierte así en elemento esencial del modelo diseñado por la LOPJ, sin que opere aquí la cláusula subrogatoria de los EA, cláusula que ha de cobrar eficacia en los términos de la LOPJ y no frente a ellos. Otro tanto cabe decir de la sanción de traslado forzoso; el carácter unitario de los Cuerpos de Funcionarios y su correspondiente implantación en todo el territorio nacional hace que la propia funcionalidad de la aplicación de la sanción exija su imposición por parte de un órgano unitario, en este caso del Ministerio de Justicia.

Por otro lado, la unidad del sistema sancionador ha de extenderse también a los efectos provisionales del correspondiente expediente, y en concreto a la suspensión del funcionario, tal y como está prevista por el artículo 465.2 LOPJ. Por último, las anteriores consideraciones conducen a la exclusión de cualquier posible inconstitucionalidad del artículo 466 LOPJ, por cuanto se proyectan sobre la cancelación de sanciones.

c) El artículo 469.2 se refiere a la posibilidad de adscribir a órganos jurisdiccionales a funcionarios pertenecientes a Cuerpos Técnicos o Facultativos de la Administración para desarrollar determinadas tareas. Dicha adscripción, realizada a solicitud del Consejo General del Poder Judicial, deberá llevarse a cabo por el ente que, en cada caso, tenga competencia al respecto de acuerdo con la normativa sobre funcionarios. La referencia del precepto a la "Administración" es singular, no puede interpretarse como referida exclusivamente a la del Estado, sino a la de cualquier ente público. Nada excluye, pues, que el Consejo General del Poder Judicial pueda solicitar la adscripción a cualquier CA si el funcionario afectado pertenece a un cuerpo de ésta.

d) Se recurre al artículo 471 LOPJ, que establece, por un lado, el carácter de

mérito del conocimiento de una lengua oficial propia de CA por los concursos de provisión de plazas para aquellos órganos sitos en su territorio. Por otro lado, se remite al precepto a un reglamento para concretar la regulación de este extremo.

El precepto resulta plenamente coherente con el reparto de competencias establecido por el bloque de la constitucionalidad. Como se ha señalado ya, la regulación de las condiciones de acceso y ascenso dentro de los distintos cuerpos al servicio de la Administración de Justicia es competencia estatal dada su naturaleza de cuerpos nacionales por tratarse de un aspecto perteneciente al estatuto de personal que ha de determinar el legislador orgánico, *ex* artículo 122.1 CE. El artículo 471 impugnado se limita, dentro de esa competencia, a reconocer un mérito, remitiéndose a un posterior reglamento de desarrollo. La competencia estatal sobre la materia justifica que sea el ejecutivo estatal el competente para regular ese mérito, que, como condición general, afecta a todos los funcionarios de la Administración de Justicia por igual.

e) La fijación de la plantilla de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia que ha de prestar sus servicios en las Fiscalías corresponde, como señala el artículo 484.3 LOPJ, al Ministerio de Justicia. Dado el carácter unitario del MF, no cuestionado por los recurrentes, es aceptable que la fijación de plantilla como operación unitaria se realice por un órgano estatal dada su repercusión supracomunitaria. Otra cosa es que la cláusula subrogatoria haga posible la acción ejecutiva de la CA a la hora de la provisión de vacantes de esas plantillas de Oficiales, Auxiliares y Agentes en relación con los órganos de la Fiscalía de ámbito territorial igual o inferior a la CA de forma similar a como lo puede hacer respecto de los destinos en órganos judiciales, lo que no se ve impedido por el precepto en cuestión.

f) La mención que el artículo 491.1 LOPJ realiza a la posibilidad de que las pruebas de selección y perfeccionamiento de cuerpos al servicio de la Administración de Justicia tenga lugar en diversos territorios judiciales en nada afectan a las competencias que asumen las CC.AA. a través de la cláusula subrogatoria. Como se ha visto, la selección, en cuanto acceso a un cuerpo unitario nacional, tiene una dimensión supracomunitaria; como tal, es competencia del Estado, al igual que la formación y el perfeccionamiento profesional, sin perjuicio de la colaboración que puedan prestar las CC.AA. La norma, pues, es acorde con la CE, previendo exclusivamente una posible pluralidad de lugares para realización de pruebas. En la medida en que se entendiera que la selección afecta también a provisión de plazas, cuya convocatoria pueden realizar las CC.AA., según se señaló previamente, el precepto vendría a confirmar, mediante una simple declaración, la posible realización de varias pruebas en el territorio nacional.

g) Los artículos 492 y 493 LOPJ regulan, respectivamente, las formas restringidas para el acceso al Cuerpo de Oficiales y al Cuerpo de Auxiliares; en ambos preceptos existe una remisión al desarrollo reglamentario. Esta remisión debe entenderse hecha a la potestad reglamentaria del Estado, por cuanto, como se ha visto, la regulación de las condiciones de acceso constituye un elemento perteneciente al Estatuto de personal, dada la uniformidad que impone la unidad de los Cuerpos de Oficiales y Auxiliares, y como tal, competencia del Estado.

h) El artículo 503.1 se refiere a la competencia para dictar normas precisas sobre actuación de los Médicos Forenses y sobre la adscripción de éstos a efectos gubernativos a órganos judiciales o fiscales. El Cuerpo de Médicos Forenses, "Cuerpo Titulado Superior al servicio de la Administración de Justicia", según reza el artículo 497.1 LOPJ, se configura también dentro de las previsiones del

artículo 454.2 de la misma Ley, como un cuerpo nacional. En consecuencia, resulta obligado que sean de alcance general las normas que regulen su actuación y su adscripción a órganos jurisdiccionales o fiscales. Debe señalarse que no nos hallamos aquí ante atribución de competencias concretas de adscripción, sino ante la fijación de una normativa que se integra directamente en el Estatuto de estos funcionarios y que debe ser competencia, por tanto, de una instancia de alcance nacional, sin que juegue, por consiguiente, la cláusula subrogatoria de los EA.

i) Por lo que se refiere a la regulación reglamentaria de la forma en que ha de prestar servicios en los Institutos de Medicina Legal quien ejerza la docencia en los Departamentos de Medicina (art. 504.2), tal regulación versa sobre obligaciones que se vinculan al régimen jurídico del personal docente. No nos hallamos, pues, en este aspecto, ante una materia perteneciente a la Administración de Justicia, sino ante el ámbito que se incluye en el régimen del personal al servicio de la Administración Pública, concretamente en el ámbito de la educación universitaria. Y, en consecuencia, dispone el Estado del título competencial que deriva del artículo 149.1.18 CE, de fijación de bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios.

j) Se han impugnado los apartados 2 y 3 del artículo 508. Este precepto regula, por un lado, la posible creación de cuerpos a escalas especializados al servicio de la Administración de Justicia, remitiéndose a una posterior concreción reglamentaria. Por otro lado, el apartado 3 se refiere a la posibilidad de contratar laboralmente a ese personal especializado.

En cuanto a la posible creación de Cuerpos o Escalas, el carácter nacional que la LOPJ atribuye a los Cuerpos de Personal al servicio de la Administración de Justicia impone que la decisión sobre su creación, o la modificación de su estructura se encomiende a una instancia estatal, así como los elementos integrantes del estatuto de sus miembros, sin que quepa, por tanto, en este aspecto que operen las cláusulas subrogatorias de los Estatutos.

Por el contrario, y en lo que respecta a la posible contratación laboral, no se dan las exigencias derivadas de la pertenencia a un cuerpo nacional; en consecuencia, la norma contenida en el artículo 508.3 no es contraria a las competencias de las CC.AA., sino presupuesto mismo de su asunción. En efecto, por el juego de la cláusula subrogatoria la referencia realizada al Ministerio de Justicia para contratar habrá de entenderse respecto de la CA correspondiente cuando así sea posible por contar el Estatuto con la citada cláusula de modo operativo y en relación con los órganos de ámbito territorial competencial igual o inferior a la CA.

k) La disposición adicional 1.2 se impugna por entender también que vulnera competencias de las CC.AA. La citada disposición establece el plazo de un año para que el Gobierno apruebe los Reglamentos que exija el desarrollo de la LOPJ. Pues bien, partiendo de la existencia de potestad reglamentaria del Gobierno en desarrollo de la LOPJ, que como se ha visto en los casos analizados existe, el precepto no resulta inconstitucional ni por invasión de competencias autonómicas ni por impedir el ejercicio de éstas. Se trata de una norma estatal que impone un plazo para desarrollar reglamentariamente la LO. En sí misma, pues, la disposición no vulnera competencia alguna; otra cosa es el uso que de esa potestad reglamentaria se haga, que, en su caso, pueda dar lugar a otras impugnaciones si se entienden vulneradas competencias autonómicas.

l) Se impugnan, por último, dentro del bloque relativo al personal al servicio de la Administración de Justicia, lo establecido respecto de ésta en la disposición

transitoria 3.1., *in fine*. La citada disposición tiene como finalidad regular la situación que se crea con ocasión de la conversión de los JD en JPI y JI. En lo que aquí importa, se establece que, como consecuencia de ese proceso, el “personal asistencial y colaborador quedará adscrito al JPI y JI al que pertenezca el de Distrito” reconvertido, gozando de preferencia para ocupar las vacantes que en ellos se produzcan.

Como primera apreciación ha de señalarse que la norma en sí misma no puede resultar inconstitucional por cuanto, en todo caso, sería aplicable a aquellas CC.AA. en que no es posible el juego de la cláusula subrogatoria o ésta no existe. El problema, pues, consiste en resolver si es o no aplicable a aquellas CC.AA. con competencia en la materia.

Ciertamente, y a pesar de tratarse de una disposición incluida en una Ley, su dimensión es claramente ejecutiva, ya que incide sobre una de las consecuencias de una decisión de reorganización de la estructura del Poder Judicial, decisión ésta que sí corresponde al Estado. A pesar de esa dimensión ejecutiva, en este caso no pueden entrar en funcionamiento las cláusulas subrogatorias. Ello porque, como se vio, estas cláusulas exigen la atribución por la LOPJ de una competencia al Ejecutivo estatal a los efectos de operar la subrogación. En el presente caso, la medida no se reserva al Ejecutivo, sino que se ha adoptado directamente por el legislador, dado su carácter meramente transitorio y de respuesta a un proceso generalizado de reordenación judicial. La consecuencia es que falta una de las premisas de la subrogación, lo que lleva a confirmar la constitucionalidad de la medida adoptada por el legislador estatal.

*Duodécimo.*—El segundo bloque temático sobre el que se proyectan los recursos haciendo valer las cláusulas estatutarias de subrogación lo constituye el aspecto material de la dotación de órganos judiciales. Este tema, aunque de gran trascendencia, se proyecta sobre un solo precepto de la LOPJ: el artículo 37:

a) Este artículo posee cuatro apartados; el primero de ellos se refiere a la competencia del Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, de proveer los medios de Juzgados y Tribunales para el desarrollo de su función. Esta precisión, puesta en conexión con las cláusulas subrogatorias, no sólo no es contraria a éstas, sino presupuesto de las mismas. En efecto, aceptando que la dotación material no se incardina en la materia definida como “poder judicial”, sino que se trata de una materia conexas, sólo puede asumirse por las CC.AA. si existe previa reserva en favor del Ejecutivo estatal, tal y como se vio previamente.

b) El artículo 37.2 realiza una referencia al Gobierno y al Ministerio de Justicia al señalar que el Consejo General del Poder Judicial debe remitir a aquél, a través de éste, una relación circunstanciada de las necesidades que estime existentes.

Este precepto ni viola competencia autonómica alguna ni dificulta su ejercicio. En efecto, se trata de señalar exclusivamente el procedimiento que debe seguir el citado informe del Consejo General del Poder Judicial sobre necesidades materiales; en nada prejuzga ese procedimiento las competencias autonómicas. Resulta lógico que un informe unitario en el que se incluyen, por tanto, los datos referentes a necesidades de órganos de ámbito supracomunitario, se tramite a través del Gobierno, representante de la unidad estatal. Otra cosa será el camino que se deba seguir para poner de manifiesto esas necesidades a la autoridad autonómica que pueda resultar en cada caso competente.

c) El artículo 37.3 se refiere expresamente a la posibilidad de gestión de recursos por las CC.AA. cuando los respectivos EA les faculden en esta materia.

Pues bien, a la luz de las cláusulas subrogatorias estatutarias, este precepto no resulta contradictorio con las competencias asumidas por las CC.AA. En efecto, no cabe interpretarlo como una concesión de un ámbito de discrecionalidad a las instancias estatales, sino como el reconocimiento de una posibilidad: la de que la gestión de medios corresponda a las CC.AA., posibilidad cuya efectividad dependerá únicamente de que hayan asumido en sus Estatutos la correspondiente competencia. En tal caso —en los supuestos de las CC.AA. recurrentes, mediante la cláusula de subrogación— procederá esa atribución de la gestión de medios, que se producirá en virtud de las cláusulas estatutarias. No cabe, por otra parte, extraer, del empleo de la expresión “podrá atribuirse”, la consecuencia de que se tratará, en todo caso, de fondos de titularidad estatal, como entiende el recurso del Gobierno Vasco. Dada la posible disparidad de situaciones de la CC.AA. al respecto, y la evidente necesidad de una cooperación entre Estado y CC.AA. en la materia (pues no pueden considerarse esferas desvinculadas la creación de órganos y plazas, y la correspondiente provisión de medios) es posible una amplia diversidad de formas de provisión que no vienen predeterminadas en el precepto de que se trata. Según esta interpretación, pues, la gestión de recursos por las CC.AA. no depende de una decisión estatal sino sólo y exclusivamente de la asunción de la competencia en el correspondiente EA a través de la cláusula subrogatoria.

d) Más problemática es la disposición del ap. 4 del precepto. Se establece en éste lo siguiente: “Los recursos propios que las Comunidades Autónomas destinen a las mismas finalidades deberán recogerse en un programa anual que será aprobado, previo informe favorable del Consejo General del Poder Judicial, por la correspondiente Asamblea Legislativa”.

Este precepto tiene claramente como finalidad condicionar el ejercicio de potestades autonómicas de cara a una coordinación adecuada al conjunto de recursos aportados para el funcionamiento de la Administración de Justicia, incluyéndose la financiación de origen estatal, así como la aportada por recursos propios de la CC.AA. Ahora bien, aunque pueda partirse del principio, reiteradamente señalado por este Tribunal, de que, en ocasiones, el ejercicio de competencias autonómicas puede estar condicionado por determinados actos o normas estatales (STC 76/1983, por ejemplo), también resulta claro que dicho condicionamiento no puede, en ningún caso, incidir tanto en los poderes autónomos que llegue a anular éstos.

Ello es lo que ocurre en el artículo 37.4 LOPJ. Al hilo de establecer un condicionante a la libre disponibilidad de recursos propios, se anula la autonomía financiera y organizativa del ente territorial. En cuanto a la autonomía financiera, reconocida por el artículo 156.1 CE para el desarrollo y ejecución de sus competencias, porque, al dotar la Ley de carácter vinculante al informe del Consejo General del Poder Judicial, viene a cercenar totalmente la libre disposición de los recursos, lo que equivale a decir la facultad de decisión autónoma del Ente autonómico. Se trata, pues, de una exigencia que va más allá de la coordinación conveniente en este campo, al subordinar completamente la atribución de recursos autonómicos al informe favorable del Consejo; mientras que esa misma subordinación no se establece respecto de los recursos aportados por el Estado, colocándose así a las CC.AA. en este aspecto en una posición desigual, carente de justificación.

Por otro lado, también es contrario a la autoorganización de las CC.AA. la regulación de extremos del procedimiento interno de aprobación del uso de recursos propios. Ciertamente, será lo normal que, vía presupuestaria, ordinaria

o no, los correspondientes programas sean objeto de aprobación, de una u otra forma, por la correspondiente Asamblea Legislativa; pero, en todo caso, no es la Ley estatal el instrumento adecuado para regular esta materia, que queda reservada a la regulación propia de las CC.AA. de acuerdo con sus Estatutos, según lo previsto en los artículos 147.1.c) y 148.1 CE.

En conclusión, pues, el artículo 37.4 LOPJ es contrario a la CE.

*Decimotercero.*—El tercer bloque de preceptos impugnados es el que se refiere a artículos a los que reprocha vulnerar las cláusulas subrogatorias, si bien ni se refieren a aspectos materiales de la Administración de Justicia ni del personal a su servicio. Se trata de los artículos 36, 341.2 y 171.4 LOPJ:

a) La impugnación referida a los dos primeros preceptos no puede prosperar. Se ha visto previamente que uno de los límites de la cláusula subrogatoria es precisamente la materia propiamente definida como “Poder Judicial”. Dicho de otra manera, el artículo 149.1.5 CE hace imposible asumir cualquier competencia al respecto, ni a través de las cláusulas, ni a través de otro mecanismo, excepción hecha de lo previsto por el artículo 152.1.2, en relación con la participación de las CC.AA. en la organización de las demarcaciones judiciales.

Los artículos 36 y 341.2 LOPJ se refieren todos ellos al Poder Judicial, en cuanto tal. El artículo 36, en efecto, como se precisará más adelante, se limita a regular la creación de Secciones y Juzgados; el artículo 341.2 hace mención de los méritos para concursar a órganos judiciales. El primero entra de lleno en la organización judicial y el segundo en la selección del personal judicial. En consecuencia, ninguna competencia en la materia puede asumirse a través de la cláusula subrogatoria, pues caen dentro de la reserva competencial del artículo 149.1.5 CE. Otra cosa es la posible incidencia de otros títulos sobre estos preceptos, tema que debe analizarse posteriormente.

b) El artículo 171.4 LOPJ se refiere a la capacidad del Ministerio de Justicia de instar la inspección del Consejo General del Poder Judicial de cualquier Juzgado o Tribunal. Viene así a referirse a una competencia de tipo ejecutivo, y que no aparece constitucionalmente reservada a la competencia estatal, al no versar sobre el núcleo de la Administración de Justicia, competencia exclusiva del Estado, ex artículo 149.1.5, ni sobre el estatuto del personal de la Administración de Justicia, reservado, según se vio, por la LOPJ a la competencia del Estado. Por consiguiente, deben entrar en juego las cláusulas subrogatorias de los EA, al atribuir a las CC.AA. las facultades que la LOPJ reserve al Gobierno. Resulta de ello que el artículo en cuestión ha de interpretarse en el sentido de que la facultad de instar la inspección de Juzgados y Tribunales corresponderá al Ministerio de Justicia respecto de aquellas CC.AA. que no hayan asumido competencias en este aspecto: mientras que, en aquellas cuyos Estatutos contengan cláusulas subrogatorias relativas a las facultades del Gobierno en materia de Administración de Justicia, corresponderá tal facultad de instar la inspección solamente a las instituciones autonómicas, excluyendo en estos casos la acción del Ministerio de Justicia.

c) *Competencias autonómicas relativas a la demarcación judicial. Decimocuarto.*—Examinadas ya las impugnaciones que se refieren a la alegada vulneración por diversos preceptos de la LOPJ de las cláusulas subrogatorias de los EA, procede pasar a analizar un segundo grupo de impugnaciones: las relativas a numerosos preceptos de la LOPJ que, a juicio de los recurrentes, desconocen, invaden o hacen irrisorias las competencias que han asumido a través de sus EA

(arts. 34.1.2 EAPV, 18.2 EAC y 20.2 EAG) en virtud de lo dispuesto en el artículo 152.1.2 de la CE, en orden a participar en la organización de las demarcaciones judiciales.

El citado precepto constitucional dispone que “en los Estatutos de la CC.AA. podrán establecerse los supuestos y formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio”, precisando a continuación que ello deberá ser “de conformidad con lo previsto en la LOPJ y dentro de la unidad e independencia de éste”.

Este precepto constitucional supone una excepción a la regla general que reserva a la competencia exclusiva del Estado la Administración de Justicia (art. 149.1.5.ª CE), cualquiera que sea el alcance que se dé a la expresión “Administración de Justicia”, abriendo, además la posibilidad de asunción de competencias por las CC.AA. al margen del juego de los artículos 148 y 149 CE.

Se trata, de otro lado, de una norma de remisión, que hace suyo el contenido de la norma a que se remite, siempre que ésta respete los límites prefijados en la propia norma remitente. En el presente caso el límite lo constituye la LOPJ, conforme a cuya regulación deben los EA asumir la competencia que prefigura el artículo 152.1.2 CE. Nos encontramos, pues, con el juego de tres normas, las cuales en el presente supuesto integran el bloque de la constitucionalidad: La CE, norma habilitante, que abre la posibilidad de que las CC.AA., a través de sus respectivos EA, asuman competencias en la organización de las demarcaciones judiciales; los EA, normas a través de las cuales y con fundamento en la previsión constitucional, las distintas CC.AA. han asumido competencias en la referida materia; y la LOPJ que ha establecido el marco en el que las CC.AA. han de ejercer las competencias asumidas por los Estatutos de Autonomía con fundamento en la previsión constitucional, es decir, ha articulado el ejercicio de las mismas.

El claro entramado normativo expuesto se ha visto complicado como consecuencia del retraso en la aprobación y publicación de la LOPJ, de modo que los EA han asumido las competencias sobre demarcaciones judiciales, regulando el ejercicio de las mismas, sin tener a la vista el marco de referencia, esto es, la LOPJ. Consecuencia de esta regulación *per saltum* es que entre las normas contenidas en la LOPJ y las previsiones estatutarias, aparentemente, se dan ciertas contradicciones que fundamentan en este punto los recursos de institucionalidad interpuestos.

*Decimoquinto.*—Con carácter previo, interesa, a los efectos que nos ocupan, delimitar los conceptos de planta judicial y demarcación judicial, cuya organización y establecimiento necesariamente han de encuadrarse en el concepto estricto de Administración de Justicia a que se refiere el artículo 149.1.5.ª CE para reservar con carácter exclusivo la competencia al Estado, si bien, por excepción, el artículo 152.1.2, permite que, en lo que se refiere a la demarcación judicial, las CC.AA. puedan asumir competencias participativas.

El establecimiento de la planta judicial supone determinar los Juzgados y Tribunales a los que se atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). En consecuencia, dentro de la organización o establecimiento de la planta judicial necesariamente han de encuadrarse las dos siguientes operaciones: El establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de aquella potestad y, en segundo lugar, la fijación de número de órganos que, dentro de cada uno de los tipos definidos de forma abstracta, se van a asentar en el territorio nacional.

Establecida la planta judicial, la organización de la demarcación judicial se presenta como una operación complementaria de la anterior. Se trata de circunscribir territorialmente los órganos judiciales que previamente han quedado definidos en el establecimiento de la planta judicial (art. 35.1 LOPJ, a lo que hay que añadir la localización de la capitalidad de cada uno de los órganos judiciales).

Pues bien, el artículo 152.1.2 CE, ha permitido que las CC.AA. asuman competencias participativas en la Organización de las demarcaciones judiciales, pero no en el establecimiento de la planta judicial, que, en todo caso, es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.5ª CE). Consecuencia de ello es que la impugnación que en las demandas de inconstitucionalidad se efectúa de preceptos de la LOPJ que se refieren a competencias o facultades relativas al establecimiento de la planta judicial no pueden prosperar, por ser la competencia sobre la materia exclusiva del Estado. Sin perjuicio de un análisis más detallado, es ya posible, pues, dejar sentado que no suponen vulneración alguna de la competencia autonómica las previsiones de aquellos preceptos que regulan aspectos relativos al establecimiento de la planta judicial, esto es, como se dijo, la determinación en abstracto de los tipos de órganos, y su número y distribución. Tal es el caso de los artículos 29 (que prevé que el establecimiento de la planta del Juzgado y Tribunales lo haya de ser por Ley), 36 (que se refiere a la creación de Juzgados y Secciones), 78 (que abre la posibilidad de crear Salas de lo Contencioso-Administrativo o de lo Social de los TSJ con jurisdicción limitada a una o varias provincias de la misma CA), 80.2 (que abre la posibilidad de crear Secciones de una Audiencia Provincial fuera de la capital de la provincia), 81.1 (que permite que las Audiencias Provinciales estén integradas por dos o más Secciones), 84 (que dispone que en cada partido judicial habrá uno o más Juzgados de Primera Instancia o Instrucción), 89 (que prevé que la Ley de planta y demarcación pueda establecer, como órganos distintos, JPI y JI), 90 (que dispone que en cada provincia habrá uno o varios Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, permitiendo que se establezcan Juzgados de esta clase con competencia inferior a la provincial), 92.1 (que establece otro tanto para los Juzgados de lo Social), 94 (que dispone que en cada provincia habrá uno o varios Juzgados de Vigilancia Penitenciaria), 95.1 (que dispone que el número de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se establecerá en la Ley de planta), 96 (que efectúa igual previsión para los Juzgados de Menores que la realizada por los arts. 90 y 92 para los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social, respectivamente), y 99.1 (que dispone que en cada municipio donde no exista JPI y JI habrá un Juzgado de Paz). Todo ello, con independencia de si los mencionados artículos inciden o no en la competencia autonómica de fijación de la delimitación de las demarcaciones judiciales, cuestión en que se entrará seguidamente.

*Decimosexto.*—El artículo 152.1.2 CE, habla de “supuestos” y “formas” de participación de las CC.AA. en la organización de las demarcaciones judiciales. Los EA han asumido para las respectivas Comunidades competencias para la “fijación de las demarcaciones judiciales” y para la “localización de su capitalidad”. En cualquier caso, cualquiera que sea la extensión que se quiera dar a las competencias de las CC.AA. en la delimitación de las demarcaciones de los órganos judiciales radicados en sus territorios, existen dos premisas de las que partir:

1. La competencia de delimitación ha de referirse necesariamente a las demarcaciones judiciales de ámbito diferente del provincial, y autonómico, por las dos razones siguientes: La delimitación de la demarcación judicial correspondiente a cada uno de los TSJ viene determinada directamente por la propia CE

(art. 152.1.2), y sobre las demarcaciones de ámbito provincial no existe disponibilidad por parte de las CC.AA. (art. 141.1 CE).

2. La competencia para fijar la delimitación y la forma de ejercicio de la misma, habrá de ejercitarse siempre conforme a la LOPJ, no sólo porque así lo dispongan expresamente alguno EA, sino principalmente, porque de modo expreso así lo exige la CE (art. 152.1.2), y, además, como precisa este precepto constitucional, dentro de la unidad e independencia del Poder Judicial, de modo que cualquier consecuencia que quiera derivarse de las disposiciones estatutarias en la materia ha de quedar pospuesta a la determinación del alcance de las competencias asumidas a través de tales disposiciones por parte de la LOPJ (SSTC 10/1982 y 97/1989).

*Decimoséptimo.*—Para los órganos recurrentes el artículo 35 (y por conexión el 108.1.a) LOPJ se opone frontalmente a las previsiones estatutarias, en la medida que: a) El número 1 prevé que la demarcación judicial se establezca por Ley del Estado (en igual sentido el núm. 5 al exigir el mismo procedimiento para la revisión de la demarcación judicial) y b) los números 2, 3 y 4, reducen las competencias asumidas a una simple propuesta no vinculante:

a) Los números 1 y 5, artículo 35 LOPJ establecen que la demarcación judicial y su revisión se establecerá por Ley. Para los órganos recurrentes esta previsión orgánica vulnera las competencias que han asumido en la materia.

Ha de partirse, para resolver la cuestión que se plantea, de que la determinación de la demarcación judicial supone elaborar el diseño territorial, en todo el territorio del Estado, de la planta judicial, estableciendo un mapa armónico en que los órganos judiciales de cada uno de los tipos definidos en el establecimiento de la planta judicial se distribuyan en todo el territorio de manera equilibrada, en proporción a las necesidades judiciales de cada una de las partes de aquél, y obedeciendo a criterios comunes, como deriva del carácter único del Poder Judicial en toda la nación, y de la garantía de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el acceso a la justicia.

Las CC.AA., en virtud de lo dispuesto en el artículo 152.1.2 CE, podrán —según las correspondientes previsiones estatutarias— participar en la organización de la demarcación judicial, lo que ciertamente incluye la delimitación territorial de las demarcaciones correspondientes a los órganos jurisdiccionales asentados en su territorio, y la localización de su capitalidad. Pero esa previsión constitucional no implica que las CC.AA. puedan asumir, en cualquier caso, competencias para establecer por sí mismas la demarcación judicial: pues por una parte, y como se dijo, esta operación requiere un diseño global en todo el territorio nacional, y, por otra, la dicción del artículo 152.1.2 de la propia norma fundamental limita la posibilidad de intervención de las CC.AA. en la organización de la demarcación judicial a la asunción de competencias de índole participativa (esto es, de participación en el proceso de decisión, y no de asunción de todo el mismo) que habría de actuarse “de conformidad con lo previsto en la LOPJ y dentro de la unidad e independencia de éste”.

La competencia, por tanto, para establecer la demarcación judicial pertenece al Estado, y en consecuencia, la previsión del artículo 35.1 y 5 LOPJ, en el sentido de que dicho establecimiento, o su modificación, haya de hacerse por Ley aprobada por las Cortes Generales no resulta contraria a la asunción, por parte de las CC.AA., en sus respectivos Estatutos, de competencias de índole participativa en la organización de las demarcaciones judiciales.

b) Los órganos recurrentes pertenecen a tres CC.AA. (País Vasco, Cataluña y Galicia) que han asumido a través de sus respectivos EA (arts. 34.1.2 EAPV, 18.2 EAC y 20.2 EAG) competencia para “fijar la delimitación de las demarcaciones judiciales”, con la precisión en el caso del País Vasco de que la competencia sólo se extienda a las demarcaciones de ámbito inferior a la provincia.

Una vez constatado lo anterior es necesario precisar que la referida competencia la han de ejercer las CC.AA., por así imponerlo el artículo 152.1.2 CE, de conformidad con la LOPJ.

Dicha LO dedica el capítulo II, título II (“De la planta y organización judicial”) a la “división territorial en lo judicial”, disponiendo que “el Estado se organiza territorialmente, a efectos judiciales, en municipios, partidos, provincias y CC.AA.” (art. 30). De la regulación contenida en la LOPJ ha de concluirse que el municipio es la demarcación correspondiente a los Juzgados de Paz, el partido a los JPI e JI, la provincia a las AA.PP. y los Juzgados con competencia provincial (Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, Juzgados de lo Social, Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y Juzgados de Menores) y la CA a los TSJ. No acaba aquí, de todas formas, el catálogo de posibles demarcaciones judiciales, pues después, la LOPJ, en su propio texto, contempla la posibilidad de establecer órganos judiciales con jurisdicción superior a la del partido judicial: tal sería el caso de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (art. 94) de lo Social (art. 92) de Menores (art. 96) o de lo Contencioso-Administrativo (art. 90.3), lo que supone la creación de demarcaciones singulares respecto de determinados e individuales órganos judiciales. Este es, a grandes rasgos, el diseño que la LOPJ ha operado de la división territorial del Estado en lo judicial y al que, en el ejercicio de sus competencias en la materia, han de ajustarse las CC.AA., por así haberlo dispuesto el artículo 152.1.2 CE.

Es claro que las demarcaciones diseñadas por la LOPJ, las CC.AA. no pueden tener competencia sobre la autonómica y las provinciales por la ya dicho: la demarcación autonómica viene establecida en la CE (art. 152.1.2) como demarcaciones de los TSJ, y sobre las provinciales no existe posibilidad de disposición por parte de las CC.AA. (art. 141.1 CE). Así lo vienen a reconocer en sus demandas el Consejo Ejecutivo de la Generalidad y el Parlamento de Cataluña. En consecuencia, la competencia para fijar la delimitación de las demarcaciones judiciales ha de quedar necesariamente reducida a las de ámbito diferente del provincial.

Centrada de este modo la cuestión es necesario a continuación precisar cómo ha de ser ejercitada por las CC.AA. dicha competencia. Para ello, y en antelación a la previsión del artículo 152.1.2 CE, ha de acudir a la LOPJ. Primeramente debe recordarse que, en lo que se refiere a los municipios, la competencia exclusiva para la demarcación territorial de los mismos corresponde a las CC.AA. recurrentes—art. 10.1 EAPV, art. 9.8 EAC, art. 27.2 EAG— por lo que, a la vista del artículo 31 LOPJ (“El municipio se corresponde con la demarcación administrativa del mismo nombre”) resulta indiscutible la competencia, también exclusiva, de las citadas CC.AA. para establecer, en consecuencia, la correspondiente demarcación a efectos judiciales.

En lo que atañe al resto de las demarcaciones judiciales (excluidas, como se ha visto, la autonómica, provincial y municipal) la LOPJ dispone en su artículo 35 la forma en que habrá de llevarse a cabo la participación de las CC.AA. en su determinación. Y en este artículo resulta clave su apartado 2.º, en el que se prevé que las CC.AA. remitirán al Gobierno, a solicitud de éste, una propuesta de demarcación judicial de sus territorios respectivos. A la vista del mandato legal y de lo indicado, ha de entenderse que esa propuesta habrá de contener, forzo-

samente —como señala la misma Ley— la fijación de los partidos judiciales, en cuanto demarcación necesaria e implantada uniformemente en todo el territorio nacional: pero además, y habida cuenta de las posibilidades que se prevén de eventuales establecimientos de órganos con jurisdicción superior a la del partido, no puede excluirse que la propuesta de las CC.AA. se refiera también a este aspecto.

Ello quiere decir que si las CC.AA., han asumido competencia para fijar la delimitación de las demarcaciones judiciales de ámbito diferente del provincial, ello ha de entenderse, respecto de los municipios, como competencia para su determinación definitiva, y respecto de los partidos judiciales y otras eventuales demarcaciones, como la fijación de sus límites en una propuesta que las CC.AA. han de remitir al Gobierno de la Nación y que habrá de contener, en todo caso, la fijación de los partidos judiciales. Propuesta que tendrá un doble efecto: por una parte, servir de base para la redacción, por parte del Gobierno, de un anteproyecto de demarcación, a la vista de las propuestas de las CC.AA. y, en segundo lugar, como elemento para la formación de la voluntad parlamentaria al tramitar, posteriormente, el correspondiente proyecto de Ley, puesto que las propuestas de las CC.AA. habrán de acompañar (art. 354 LOPJ) al proyecto del Gobierno remitido a las Cortes. La propuesta prevista en el artículo 35.2 LOPJ se configura, pues, como el factor de participación autonómica en la determinación de las demarcaciones judiciales. Es a partir de las proposiciones allí contenidas como deberá elaborarse el anteproyecto del Gobierno, y tras el informe del Consejo del Poder Judicial, el proyecto que se remitirá a las Cortes Generales.

No hay, en conclusión, contradicción alguna en este punto entre los EA y la LOPJ. Aquellos, dentro del marco previsto por el artículo 152.1.2, han asumido determinadas competencias de participación en la organización de la demarcación judicial y éste ha establecido, en virtud de la remisión contenida en el citado precepto constitucional, el modo de ejercicio de dichas competencias, modulación que en ningún caso puede entenderse que las desconozca. Pretender, por el contrario, que las competencias asumidas por las CC.AA. en este punto implica que ellas, a través del instrumento que estimen adecuado, determinen directamente la delimitación de los partidos judiciales del territorio, al margen del diseño global de la demarcación judicial, implicaría vaciar el contenido las competencia que en orden al establecimiento de la demarcación judicial ostentan las Cortes Generales.

*Decimoctavo.*—El Gobierno Vasco y la Junta de Galicia argumentan que a través de la cláusula subrogatoria (arts. 13.1 y 20.1 de sus respectivos EA) han asumido competencias para la organización de las demarcaciones de todos los órganos judiciales asentados en sus respectivos territorios.

Ciertamente, como ya se ha dicho, las cláusulas subrogatorias se encuentran con un límite sustancial, además del de no poder abarcar cuestiones que afecten al ámbito supracomunitario; este límite sustancial es el que no pueden asumirse a través de la cláusula subrogatoria competencias respecto de materias que constituyen el núcleo de la Administración de Justicia en el sentido del artículo 149.1.5 CE, esto es, la Administración de Justicia en sentido estricto, no existiendo la menor duda que el diseño de la estructura judicial del Estado (planta y demarcación judiciales) se integran en el mencionado núcleo y no en lo que se ha venido llamando “administración de la Administración de Justicia”.

La anterior precisión sirve para delimitar la impugnación de diversos precep-

tos de la LOPJ que los indicados órganos recurrentes articulan y que vamos a examinar a continuación.

*Decimonoveno.*—En primer lugar, y antes de proceder a un análisis más detallado, es posible excluir la inconstitucionalidad que se alega respecto de varios preceptos de la Ley que se refieren únicamente a la definición de la planta judicial, sin incidencia sobre la competencia asumida por las CC.AA. recurrentes respecto a la delimitación de las demarcaciones judiciales. Con respecto al artículo 29 impugnado por el Gobierno Vasco, y que viene a establecer la exigencia autonómica, por corresponder, como se dijo, al Estado en exclusiva la determinación de la naturaleza y el número de los órganos jurisdiccionales. El artículo 36 atribuye al Gobierno la creación de Secciones y Juzgados, "cuando no suponga alteración de la demarcación judicial": y, como se dijo, no puede ser competencia autonómica la determinación de la planta judicial, lo que impide que se aprecie la inconstitucionalidad del precepto por transgresión competencial de ningún tipo. El artículo 81.1 permite que las AA.PP. estén integradas por dos o más Secciones: y el 95.1 remite a la Ley de planta la determinación del número de Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Se trata de cuestiones evidentemente incluidas en la fijación de la planta judicial, respecto de las cuales no puede apreciarse, por tanto, tacha alguna de inconstitucionalidad por su reserva a órganos estatales.

*Vigésimo.*—La Junta de Galicia impugna los arts. 26 y 30, por establecer el primero como órgano judicial las AA.PP. y el segundo la provincia como demarcación territorial de aquéllas, lo que contraría, a su juicio, el artículo 20.2 EA al tratar de imponer e institucionalizar la provincia al margen de todas las previsiones constitucionales y estatutarias. Pero, aparte de que el artículo 26 determina los órganos que integran la planta judicial —sobre cuyo establecimiento no existe competencia alguna para las CC.AA.— que el 30 formula el diseño básico de la demarcación judicial desde una perspectiva territorial —cuya formulación, responde a exigencias del principio de unidad del Poder Judicial, al que también remite el artículo 152.1.2 CE—, lo cierto es que la provincia es una división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado (art. 141.1 CE), entre las que no hay duda, se encuentra la de administrar justicia. En consecuencia, la institucionalización de la provincia como demarcación territorial a efectos judiciales en nada se opone ni a las previsiones constitucionalizadas ni a las estatutarias.

El artículo 30 también es impugnado por el Gobierno Vasco, por entender éste que invade sus competencias en orden a participar en la organización de las demarcaciones judiciales. No obstante, y además de lo ya afirmado sobre el alcance de la cláusula subrogatoria, es necesario precisar que dicho precepto expresa cuáles son las demarcaciones judiciales (municipio, partidos judiciales, provincias y CC.AA.), definiendo los artículos 31, 32 y 33 las tres primeras demarcaciones citadas. Es obvio que esta operación básica, la de establecer las divisiones territoriales en que el Estado se organiza a efectos judiciales, procedencia a su definición, es, por su propia naturaleza de soporte y estructura de la demarcación judicial, competencia exclusiva del Estado, no pudiéndose entender que las competencias participativas asumidas por el País Vasco en la organización de las demarcaciones judiciales de ámbito inferior a la provincia puedan extenderse a la definición de los tipos de demarcaciones judiciales que, por exigencias del sistema —unidad del Poder Judicial—, deben ser los mismos para todo el terri-

torio nacional. En conclusión, los indicados preceptos en nada invaden las competencias asumidas al respecto por el País Vasco.

También argumenta la Junta de Galicia que los artículos 31 y 33, al determinar que el municipio y la provincia se ajustarán a las demarcaciones territoriales del mismo nombre, están ejerciendo una función propia de demarcación que corresponde como tal a la CA Galicia. Tal argumento no es admisible; ni la fijación de la demarcación provincial es competencia autonómica (art. 141.1 *in fine* CE), ni la previsión de que el municipio a efectos judiciales se corresponda con el municipio administrativo, cuya competencia de determinación sí es autónoma (art. 27.2 EAG), invade esta competencia, pues precisamente lo que está haciendo el precepto orgánico es respetarla al determinar que los municipios, como demarcación judicial, deben coincidir con los municipios que en el ejercicio de sus competencias haya establecido y delimitado la CA. Los mismos argumentos sirven para rebatir la impugnación que se efectúa del artículo 32 LOPJ, debiéndose añadir que la exigencia relativa a que los partidos judiciales se integren por municipios pertenecientes a una misma provincia, se relaciona con la imposibilidad de que una CA pueda unilateralmente alterar los límites provinciales, lo que es competencia de las Cortes Generales mediante LO (art. 141.1 *in fine* CE).

*Vigésimo primero.*—El Gobierno Vasco impugna los artículos 78 y 80, precepto este último que también discute la Junta de Galicia. El primer precepto se refiere a la creación de Salas de lo Contencioso-Administrativo o de lo Social, del TSJ, con jurisdicción limitada a una o varias provincias: el artículo 80.2 prevé la posibilidad de que se creen secciones de la AP fuera de la capital de la provincia, a las que quedarán adscritos uno o varios partidos judiciales. Pues bien, ambos preceptos se refieren únicamente a la posibilidad de creación de tales órganos, operación que se inscribe en la determinación de la planta judicial, y queda fuera por tanto de la competencia autonómica. En lo que se refiere al ámbito de jurisdicción que se atribuye a los órganos en cuestión, los artículos citados no prejuzgan ni excluyen la eventual participación de la CA al respecto, por lo que no puede estimarse que vulneren las competencias estatutarias asumidas.

*Vigésimo segundo.*—El Gobierno Vasco también impugna los artículos 84 y 89.

El artículo 84 afirma que “en cada partido habrá uno o más JPI y JI con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito territorial. Tomarán su designación del municipio de su sede”. No se trata más que de una previsión genérica que en nada afecta a la competencia de fijación de la delimitación de los partidos judiciales: tan sólo se limita a precisar que en cada partido judicial, delimitado por quien corresponda, existirá uno o más de la clase de los órganos jurisdiccionales que cita, que extenderán su competencia en todo el ámbito territorial previamente delimitado, y que tomarán su designación del municipio de su sede que será la de la capital del partido, también determinada por quien corresponda.

El artículo 89 que prevé que la Ley de Planta y Demarcación podrá establecer, como órganos distintos, en aquellos partidos en que fuere conveniente, los JPI y JI, tampoco afecta a la potestad de delimitación. En realidad, este precepto se está refiriendo a una potestad que, no sólo no afecta a dicha delimitación, sino tampoco a la organización de las demarcaciones judiciales, debiendo ser encuadrada en la competencia de establecimiento de planta judicial, que, como se ha dicho, es competencia exclusiva del Estado.

*Vigésimo tercero.*—El Gobierno Vasco y la Junta de Galicia impugnan el artículo 90, así como los artículos 92, 94 y 96; preceptos estos tres últimos que también combaten el Consejo Ejecutivo de la Generalidad y el Parlamento de Cataluña. Dichos cuatro artículos hacen coincidir, en principio y respectivamente, la demarcación correspondiente a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Vigilancia Penitenciaria y de Menores con la provincia, es decir, están fijando y delimitando demarcaciones de ámbito provincial, sobre las que no existe posibilidad de disposición por parte de las CC.AA.: en este aspecto, no cabe discutir la competencia estatal.

En cuanto los mencionados artículos prevén que los órganos judiciales a que se refieren puedan extender su jurisdicción a ámbitos distintos del provincial (a más de una provincia en el caso del artículo 90.3; a ámbitos inferiores al provincial en los casos del art. 92.1, 94.3 y 96) debe tenerse en cuenta que no se establece determinación alguna en cuanto a la exclusión de la participación, si procediera, de las CC.AA., en la fijación de los límites de los correspondientes ámbitos de jurisdicción: tal participación habría de llevarse a cabo de acuerdo con el cuadro general de distribución de competencias expuesto *ui supra*, y los artículos de que se trata no se pronuncian sobre este cuestión. En consecuencia, entre los preceptos indicados, y las previsiones estatutarias no existe contradicción alguna: en definitiva, en los indicados preceptos no se precisa que haya de excluirse a las CC.AA. con competencias al respecto, del proceso de la delimitación correspondiente.

*Vigésimo cuarto.*—Finalmente, en lo que se refiere a la delimitación de las demarcaciones judiciales, tanto la Junta de Galicia como el Gobierno Vasco impugnan el artículo 99. Este precepto se limita a hacer una previsión abstracta respecto de los Juzgados de Paz, sin hacer referencia alguna a su delimitación; es más, el precepto está dando por supuesta la potestad de delimitación de los términos municipales por parte de las CC.AA. En efecto, el citado artículo prevé que en cada municipio en que no exista JPI y JI habrá un Juzgado de Paz, como quiera que el municipio a efectos judiciales debe coincidir con la demarcación administrativa del mismo nombre, que sí es competencia autonómica, lo que en última instancia el artículo 99 está diciendo es que en cada demarcación municipal, delimitada por la respectiva CA, en que no exista JPI y JI existirá un Juzgado de Paz, lo que es una determinación plenamente respetuosa con las competencias autonómicas, sin más precisión que la asignación de la "circunscripción" municipio al "tipo" de órgano jurisdiccional Juzgado de Paz, lo que, fuera de toda duda, es competencia del Estado por integrarse en la competencia del establecimiento de la planta judicial. Finalmente, no es cierto que el artículo 99 LOPJ permita que dos municipios constituyan un solo Juzgado de Paz, pues lo que se limita es a precisar en su apartado 2 que podrá existir una sola Secretaría para varios Juzgados de Paz, lo que es algo muy distinto, que, de otro lado, nada tiene que ver con la delimitación de las demarcaciones judiciales.

*Vigésimo quinto.*—La segunda competencia que en orden a participar en la organización de las demarcaciones judiciales han asumido las CC.AA., es la de la fijación de la capitalidad de aquéllas integrada en la organización de las mismas, en cuanto implica determinar la localidad (en el término previamente delimitada) en que va a tener su sede el correspondiente órgano jurisdiccional. Las previsiones contenidas en el artículo 152.1 CE, pues, relativas a la participación de las CC.AA. en la organización de las demarcaciones judiciales son también y en la misma medida, aplicables a la fijación de la capitalidad y cabe también aplicar

a esta materia las consideraciones efectuadas en el FJ 18 respecto a la no relevancia, en este supuesto, de las cláusulas subrogatorias.

Los EA Cataluña (art. 18.2) y Galicia (art. 20.2) han atribuido a sus respectivas CC.AA. competencia para localizar la capitalidad de las demarcaciones judiciales, sin más precisión, en tanto que el EA País Vasco (art. 34.1.2) ha limitado dicha competencia para el caso de las demarcaciones de ámbito inferior al provincial.

No obstante, la dicción de los Estatutos catalán y gallego ha de entenderse que tal competencia sólo se extiende (dejando al margen la sede del TSJ) a las demarcaciones de ámbito diferente del provincial. En efecto, en la actual configuración provincial española, la definición de su capitalidad y, por tanto, de la sede de las Instituciones estatales de ámbito provincial, aparece como elemento definitorio, íntimamente ligado a la misma existencia de la provincia, e inalterado (con la sola excepción de las provincias canarias) desde su creación la reserva a la Ley de Cortes que efectúa el artículo 141 CE respecto de la alteración de los límites provinciales, implica, por consiguiente, también, una reserva a la Ley estatal de un elemento esencial de la provincia como es su capitalidad. Debe entenderse, por tanto, que la indisponibilidad para las CC.AA. de la delimitación de la demarcación provincial a efectos judiciales implica necesariamente la falta de disponibilidad sobre la capitalidad de esa demarcación.

En conclusión, las CC.AA. Cataluña y Galicia, al igual que la del País Vasco, tienen limitada su competencia para localizar la capitalidad de las demarcaciones judiciales a las de ámbito distinto del provincial.

*Vigésimo sexto.*—El Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña impugna a este respecto el artículo 35.6 LOPJ. Este precepto dispone que las “CC.AA. determinarán, por Ley, la capitalidad de los partidos judiciales”. Según el mencionado órgano impugnante, este precepto está viciado de inconstitucionalidad al imponer una reserva de Ley autonómica no prevista ni en la CE ni en su EA.

Ciertamente, la determinación de cuál sea el órgano que ha de ejercer la competencia y cuál deba ser la norma o rango de la norma a través de la cual haya de ejercerse dicha competencia es indisociable de la titularidad de la competencia en cuestión (STC 32/1983). En principio, la determinación por el Estado del rango de la norma a través de la cual las CC.AA. han de ejercer una competencia que les es propia supone inmiscuirse en el ámbito de autonomía propio de aquéllas, porque indirectamente está predeterminando qué órgano de las mismas ha de ejercer la competencia en cuestión, lo que no es admisible si se tiene presente el artículo 148.1.1.ª CE.

Ahora bien, en el supuesto debatido debe tenerse presente que cuando el artículo 152.1.2 CE abre la posibilidad de que las CC.AA. puedan participar en la organización de las demarcaciones judiciales, condiciona dicha posibilidad a que la participación lo sea siempre de conformidad con lo previsto en la LOPJ. Nada impide, pues, desde esta perspectiva que dicha LO articule el ejercicio de las competencias que las CC.AA. puedan participar en la organización de las demarcaciones judiciales, condiciona dicha posibilidad a que la participación lo sea siempre de conformidad con lo previsto en la LOPJ. Nada impide, pues, desde esta perspectiva que dicha LO articule el ejercicio de las competencias que la CC.AA. han asumido a través de sus EA en virtud del mencionado precepto constitucional, estableciendo el modo de ejercicio; en consecuencia, no exista obstáculo alguno para que establezca que la competencia de las CC.AA. para localizar la capitalidad de los partidos judiciales se ejerza mediante Ley.

*Vigésimo séptimo.*—El Consejo Ejecutivo de la Generalidad y el Parlamento

de Cataluña, así como el Gobierno Vasco, impugnan los artículos 78, por localizar la sede de las Salas de lo Social o de lo Contencioso-Administrativo del TSJ con jurisdicción limitada a una o varias provincias de la CA, en cuya capital tendrán su sede; 80.1, por establecer la sede de las AA.PP. en la capital de las respectivas provincias; 90.1, por designar la sede de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo; 95.2, por autorizar al Gobierno para establecer la sede de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, y 96, al implantar la sede de los Juzgados de Menores en la capital de cada provincia. La Junta de Galicia de los preceptos indicados impugna exclusivamente los artículos 80.1, 90.1 y 96.

Los anteriores preceptos, aunque no están fijando directamente la capitalidad de las correspondientes demarcaciones judiciales, que es para lo que las CC.AA. han asumido competencia, indirectamente sí lo hacen, en la medida en que si la sede de los órganos judiciales han de ser la de la capitalidad de su demarcación, al fijarse aquélla se está predeterminando ésta. Ahora bien, aun siendo ello cierto, ha de tenerse presente que el ámbito de la jurisdicción de los órganos judiciales de que se trata es de alcance provincial (art. 80.1, AA.PP.; 90.1, Juzgados de lo Contencioso-Administrativo; 96, Juzgados de Menores) o se hallan integrados en los TSJ (art. 78) de la CA, no existiendo, como ya ha quedado dicho, invasión competencial alguna, pues las CC.AA., que no tienen competencia para delimitar las demarcaciones de dicho ámbito, tampoco la tienen para localizar su capitalidad. La única excepción la constituyen los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que pueden (art. 94.3) tener un ámbito jurisdiccional inferior al provincial. Pero, en este supuesto, se prevé la participación de la correspondiente CA en la fijación de su sede, mediante la consulta, dispuesta en el artículo 95.2, que establece, con carácter preceptivo, la previa audiencia de la CA afectada.

*Vigésimo octavo.*—La Junta de Galicia y el Consejo de Gobierno de la Generalidad impugnan también los artículos 80.2 y 90.2 (este último precepto también es discutido por el Parlamento catalán). El artículo 80.2 dice textualmente que “podrán crearse Secciones de la AP fuera de la capital de la provincia, a las que quedarán adscritos uno o varios partidos judiciales”, y el 90.2 que “se podrán establecer uno o más Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en las poblaciones que por Ley se determinen. Tomarán la denominación del municipio de su sede y extenderán su jurisdicción al partido correspondiente”.

Los anteriores dos preceptos efectivamente se están refiriendo a órganos jurisdiccionales con competencia infraprovincial y que, por lo tanto, tendrán demarcaciones inferiores al ámbito provincial, pero en ningún momento están localizando la capitalidad de las mismas, sino simplemente abriendo la posibilidad de creación de tales órganos y, en el caso del artículo 90.2, precisando que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo correspondiente tomará la denominación del municipio de su sede, que habría de ser el de la capitalidad de la demarcación (esto es, el partido judicial correspondiente), cuya localización se efectuará por quien sea competente para ello, pero en ningún momento está efectuando dicha localización, ni afirmando que para ello no sean competentes las CC.AA.

El artículo 84 LOPJ, en cuanto fija la sede de los JPI y JI en la capitalidad del partido, es impugnado por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña. Se ha de precisar que en este artículo no se priva a las CC.AA. con competencia para ello, de la localización de la capitalidad de los partidos judiciales: simplemente se viene a establecer que, determinada la capitalidad de los mismos, deberá radicarse en ella la sede de los Juzgados en cues-

ción, sin que quepa, por tanto, otra posible distribución territorial de esos Juzgados. Se trata, pues, de una disposición de tipo organizativo, que en nada afecta a la competencia autonómica para determinar libremente la capitalidad de los partidos judiciales.

*Vigésimo noveno.*—El Gobierno Vasco y la Junta de Galicia impugnan el artículo 92.1. Este precepto, al igual que otros preceptos ya examinados, fija la sede de los Juzgados de lo Social en la capital de la provincia, con lo que indirectamente está localizando su capitalidad, pero como quiera que se trata de órganos de competencia provincial con, en consecuencia, demarcación de dicho ámbito, la competencia para localizar la capitalidad es estatal. En su segundo inciso, el precepto prevé la posibilidad de crear Juzgados de lo Social que se establezcan en poblaciones distintas de la capital de la provincia, en cuyo caso se delimitará su ámbito jurisdiccional; este inciso se está refiriendo a órganos de competencia inferior a la provincial, pero en ningún caso está localizando la capitalidad de las correspondientes demarcaciones, ni tampoco delimitando éstas, es más, prevé que se delimitarán —ha de entenderse que por quien sea competente para ello— y que se establecerán en poblaciones distintas de la capital de la provincia —ha de entenderse, también, en la población que se fije, por quien sea competente para ello, como capital de la demarcación que se delimite—. En suma, el precepto no está atribuyendo al Estado tales competencias ni, de otro lado, niega que las mismas sean competencias autonómicas.

*Trigésimo.*—Finalmente, la Junta de Galicia combate los artículos 94 y 99 LOPJ.

El artículo 94, que se refiere a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, no contiene ninguna disposición que afecte, ni siquiera indirecta o incidentalmente, a la localización de las capitalidad de las demarcaciones judiciales correspondientes.

Respecto al artículo 99 puede decirse lo mismo, con referencia a los Juzgados de Paz, que lo dicho respecto al artículo 84 con ocasión de la impugnación que de este precepto han hecho el Consejo Ejecutivo de la Generalidad y el Gobierno Vasco: no es lo mismo fijar la sede de un órgano judicial que localizar la capitalidad de su demarcación judicial; para esto sí tienen competencias las CC.AA., en lo que se refiere a las demarcaciones inferiores a la provincia, para aquello no; el artículo 99 se limita a precisar que en los municipios en que no exista JPI y JI habrá un Juzgado de Paz, en modo alguno este precepto está fijando la capitalidad de las demarcaciones judiciales correspondientes a dichos Juzgados, esto es, de los municipios, ni niega que tal competencia sea autonómica.

*Trigésimo primero.*—El Consejo Ejecutivo de la Generalidad y el Parlamento de Cataluña impugnan el artículo 86.2. En su demanda el mencionado Consejo Ejecutivo afirma que el Registro Civil constituye una función de los Juzgados y Tribunales (art. 2.2 LOPJ), por lo que se concluye que la Generalidad es competente sobre su demarcación y sede. En atención a ello, es, a su juicio, inconstitucional el artículo 86.2 LOPJ, el cual expresamente dispone que “la Ley de planta determinará las poblaciones en las que uno o varios Jueces desempeñarán con exclusividad funciones de Registro Civil, y en las ciudades en que hubiere más de un JPI, cuál o cuáles de entre ellos se encargarán del Registro Civil”.

La circunstancia de que la función registral civil fuera encomendada cuando se creó esta institución en nuestro Derecho —L 17 julio 1870—, por razones que ahora es innecesario exponer, a los órganos judiciales, no convierten automáti-

camente aquella función en jurisdiccional. El Registro Civil, pese a estar encomendada su llevanza a órganos judiciales, no es función jurisdiccional, sino registral. Así expresamente se deduce del artículo 2 LOPJ que, tras precisar en su apartado 1.º que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde a los Juzgados y Tribunales, en el 2.º puntualiza que éstos, además de la función jurisdiccional, no podrán ejercer más funciones que las del Registro Civil y las demás que expresamente les atribuya la Ley en garantía de cualquier derecho. Los Jueces a los que, además del ejercicio de la correspondiente función jurisdiccional, se les encomienda la llevanza del Registro Civil, en esta función no actúan como órganos jurisdiccionales, sino como registradores o encargados del Registro.

Siendo ello así, no existe la menor duda de que el título competencial aplicable viene claramente determinado por el artículo 149.1.8.ª CE que atribuye competencia exclusiva al Estado para la ordenación de los registros e instrumentos públicos y ha de ser en ella en la que han de ampararse para determinar la demarcación registral, como aspecto específico de esa facultad genérica de ordenación de los registros (SSTC 18/1982, 33/1982, 39/1982 y 97/1989).

En el caso del Registro Civil la demarcación registral viene determinada por referencia a la demarcación del órgano judicial al que se le encomienda su llevanza, por lo que en relación con aquella demarcación vale aquí lo dicho sobre las demarcaciones judiciales. Cuando el artículo 86.2 LOPJ precisa que la Ley de planta determinará las poblaciones en las que uno o varios Jueces desempeñarán con exclusividad funciones de Registro Civil y, en las ciudades en que hubiere más de un JPI, cuál o cuáles de entre ellos se encargarán del Registro Civil, está ejerciendo una competencia exclusiva estatal (art. 149.1.8.ª CE), en la que necesariamente ha de incluirse qué órgano u órganos han de ejercer la función registral; de no entenderse así la competencia estatal exclusiva en la materia quedaría vacía de contenido (STC 97/1989).

*D) Competencias de órganos jurisdiccionales. Trigésimo segundo.*— Junto a las impugnaciones referidas a los efectos de las cláusulas subrogatorias estatutarias, y a la competencia autonómica de participación en las demarcaciones judiciales, los recursos acumulados impugnan, en un tercer bloque temático, un conjunto de preceptos de la LOPJ relativos al diseño competencial de los órganos judiciales. En concreto, se refieren: en primer lugar, a los términos en que dicha Ley Orgánica atribuye competencia al TS para conocer de recursos extraordinarios en materia civil, de la casación por infracción de preceptos constitucionales y de la casación en el orden contencioso-administrativo; en segundo lugar, a la competencia atribuida a la AN en materia penal; y, por último, los órganos que tienen encomendada la solución de los conflictos de jurisdicción y de competencia.

Con carácter previo al análisis individualizado de las cuestiones enumeradas, deben, sin embargo, rechazarse los reparos que únicamente formula la Junta de Galicia a los artículos 73, 74, 75 y 82.2 y 3 LOPJ, porque, conforme a ellos la Sala de lo Civil y Penal del TSJ se configura como órgano jurisdiccional, en única instancia, para supuestos especiales y no como órgano de apelación frente a las resoluciones correspondientes de los JPI y JI.

En efecto, ninguno de los argumentos aducidos puede ser acogido. Por una parte, la culminación en el TSJ de la organización judicial en el ámbito territorial de la CA, establecida en los artículos 152 CE y 21 EAG, no comporta que el agotamiento de las instancias procesales se haya de producir necesariamente y

en todos los órdenes jurisdiccionales ante dicho órgano, sino tan sólo la inexistencia de ningún otro órgano jurisdiccional jerárquicamente superior, con independencia de la salvedad que, respecto al TS, resulta del artículo 123 CE. La única exigencia constitucionalmente impuesta por dichos preceptos en orden a las instancias procesales es que su preclusión se produzca ante órganos radicados en el propio territorio de la CA si en ella lo está el órgano competente de la primera instancia.

Por otra, respecto de la pervivencia de las AA.PP. con competencia de las órdenes civil y penal, no debe olvidarse que, como se ha dicho, la circunscripción provincial es una división territorial para el cumplimiento de las actividades estatales consagradas por la propia CE en el artículo 141.1, y entre aquéllas figura señaladamente la del Poder Judicial, que, aunque se configure en orden a instancias procesales a partir de la dimensión territorial de la institución autonómica, es único para todo el Estado.

*Trigésimo tercero.*— Coinciden los recurrentes en sostener que el artículo 73.1 y 2, en relación con el artículo 56.1 LOPJ, resulta contrario a los artículos 152.1 CE, 19 y 20.1.a) EAC, 21 EAG y 34.1 y 14.1.a) EAPV.

En tal sentido exponen que el citado artículo 152.1 CE y los mencionados preceptos estatutarios, en lo que se refiere al Derecho Civil propio de la Comunidad, atribuyen a los órganos judiciales de Cataluña, Galicia y País Vasco, respectivamente, el conocimiento de todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión, disponiendo el agotamiento de aquéllas en el TSJ que culmina la organización judicial en su ámbito territorial. La reserva competencial, en dicha materia, es, por tanto, de todo tipo de recursos ordinarios y extraordinarios, respondiendo la única referencia explícita a los recursos de casación y revisión al hecho de que eran los únicos de carácter extraordinario previstos entonces en la legislación procesal.

La LOPJ, si bien en el artículo 73.1 atribuye a la Sala de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores los recursos de casación y extraordinario de revisión contra resoluciones y sentencias de órganos judiciales con sede en la CA, siempre que se funde en infracción de normas de Derecho Civil Foral o Especial propio de la Comunidad o se refiera a estas materias, si tal atribución se ha previsto en el correspondiente EA, en el artículo 56.1, sin embargo, establece que corresponde a la Sala Civil del TS el conocimiento de los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia civil que establezca la Ley. De donde concluyen los recurrentes que, al no distinguir este último precepto entre el Derecho Civil común y Derecho Civil Foral o Especial, por el juego de ambos artículos, podría resultar atribuido a la correspondiente Sala del TS un recurso extraordinario, distinto de los de casación y revisión, en asunto regulado por el Derecho Civil propio de la Comunidad.

La argumentación de los recurrentes, en sus propios términos, no conduce a la institucionalidad de los preceptos de la LOPJ impugnados. Como pone de relieve el Abogado del Estado, las normas recurridas no tienen como propósito articular recursos extraordinarios, siendo evidente que si el que en el futuro pueda establecerse se refiere a materias ajenas al Derecho Civil propio de las Comunidades, resultaría inobjetable, incluso desde la perspectiva de los recurrentes, la norma orgánica atributiva de competencia.

Además debe tenerse en cuenta que el artículo 152.1 CE, dejando a salvo la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo (art. 123 CE) sólo previó para los órganos judiciales radicados en el territorio de la CA el agotamiento de las

instancias procesales, en las que conceptualmente no estaban incluidos los recursos extraordinarios, en general, ni en particular los recursos de casación y revisión.

En efecto, en puridad de principios, la instancia procesal comporta un nuevo examen o pleno conocimiento por parte del Tribunal superior del asunto inicialmente juzgado, alcanzando la revisión, tanto a la determinación de hechos (permitiendo, incluso, nuevas pruebas en determinados casos y valoración de la prueba practicada ante el Juez *a quo*), como a la determinación e interpretación de la norma aplicable; esto es, como ha señalado este Tribunal, el control de la totalidad de la actividad del órgano inferior (SSTC 90/1986 y 145/1987).

Frente al carácter ilimitado de los motivos que pueden hacerse valer en la nueva instancia y del carácter plenario del conocimiento, que hace que el órgano judicial tenga para dirimirla los mismos poderes que el órgano que dictó la resolución recurrida, los recursos extraordinarios se caracterizan, precisamente, porque, como ocurre en los recursos de casación y revisión, los motivos de interposición están legalmente tasados y a ellos se reduce el conocimiento del Tribunal llamado a resolverlos, que no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa. Incluso, con respecto al recurso de revisión se ha elaborado una categoría propia, la de recurso excepcional, en el que se ejercita una acción impugnatoria autónoma frente a una sentencia ya firme (art. 1.797 LEC).

La atribución a los TSJ de los recursos de casación y revisión, en relación a normas y materias del Derecho Civil Foral o Especial propio de la Comunidad, se produjo de manera expresa y concreta en determinados Estatutos, y a tal previsión estatutaria se refieren *in fine* los párrafos a) y b), artículo 73.1 LOPJ.

Sólo de la referencia en los preceptos estatutarios a todos los grados como categoría distinta de todas las instancias, puede extraerse una regla generalizadora de la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de los recursos extraordinarios existentes o que puedan existir en el futuro en el ámbito del Derecho Civil de la CA. Pero, con independencia de que la enumeración de los Estatutos no puede considerarse agotadora de los recursos extraordinarios existentes, ya que dentro de ellos puede incluirse el de audiencia al rebelde, también con carácter rescindente como el de revisión regulado en los artículos 762 a 789 LEC, el fundamento de la atribución del conocimiento de los recursos extraordinarios no es en todos los casos el mismo.

Así, puede sostenerse que la “casación regional” atiende de manera equilibrada a los principios de unidad y diversidad del derecho privado y que la supremacía del TS o sujeción a su jurisdicción en todos los órdenes, con independencia de lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, queda salvaguardada por los recursos previstos en las materias que le son propias; es decir, aquellas en las que resulta imprescindible unificar la Jurisprudencia, circunstancia que no se da cuando se trata exclusivamente de derecho civil autonómico.

La expresada justificación, que no es ya predicable del recurso de revisión, atribuido expresamente al Tribunal Superior en materias de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad, habida cuenta de los motivos previstos en el artículo 1.796 LEC —referidos a determinados tipos de error derivados de ciertas pruebas y a Sentencias ganadas injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, y no a una defectuosa interpretación o aplicación de normas jurídicas del Derecho Foral o Especial—, tampoco sería extensible a otros recursos extraordinarios no mencionados en la norma estatutaria que pudieran establecerse en hipótesis, por infracción conjunta de normas de Derecho Civil Común y de normas de Derecho Civil Foral o Especial o por infracción

de norma procesal, en los que la necesidad de la unificación jurisprudencial por el TS estaría presente.

*Trigésimo cuarto.*—La redacción del artículo 5.4 LOPJ, que atribuye al TS la competencia para decidir el recurso de casación fundado en infracción del precepto constitucional, a juicio tanto del Parlamento y Generalidad de Cataluña como del Gobierno Vasco, sólo puede considerarse conforme al bloque de constitucionalidad si tal atribución de conocimiento se entiende limitada a los supuestos en que dicho recurso se fundamente, exclusivamente, en la infracción de norma constitucional. En otro caso, al ser la CE una norma de aplicación directa cuyo contenido ha de informar todo el ordenamiento jurídico, por la previsión del precepto de la LO, podría desapoderarse a los respectivos TSJ de la competencia que tienen estatutariamente atribuida para resolver recursos de casación en el orden civil, máxime si se tiene en cuenta la posibilidad de defraudar el precepto que se deja al arbitrio del recurrente.

Aunque deba evitarse el fraude procesal (art. 11.2 LOPJ) que supone sustraer la resolución al Tribunal que legalmente corresponda, como señala el Abogado del Estado, la mera posibilidad de que la norma pueda ser defraudada no representa en sí misma objeción alguna a la constitucionalidad del precepto.

La real dimensión de la impugnación del precepto se traduce, por tanto, únicamente en determinar si resulta vedado por el bloque de constitucionalidad el que conozca el TS de los recursos de casación que, estando ciertamente fundamentados en infracción del precepto constitucional, lo estén también, conjuntamente, en vulneración de normas forales o de Derecho Civil Especial de la Comunidad.

Una interpretación del artículo 5.4 LOPJ en tal sentido no resulta contraria a la previsión constitucional y estatutaria. En efecto, puesto que la ruptura de la unidad del recurso resulta inviable, el conocimiento de dichos recursos por el TS y no por cada uno de los TSJ está justificado en el carácter de órgano supremo que le atribuye el artículo 123.1 CE y por la necesidad de una interpretación y la aplicación unitaria de los preceptos constitucionales en lo que puede considerarse Derecho Civil Constitucional, Derecho Privado Constitucional o Derecho Civil en la legalidad constitucional, que sólo puede lograrse a través de la Jurisprudencia de dicho TS, ya que a tal efecto resulta insuficiente, dado su ámbito objetivo, el recurso de amparo constitucional, limitado a los derechos fundamentales de los artículos 14 a 29, además del derecho de objeción de conciencia del artículo 30 (arts. 53.2 y 161.b) CE y 41.1 LOTC). Baste recordar a estos efectos los múltiples preceptos de la Constitución que se refieren directa o indirectamente al Derecho Civil o al Derecho Privado en general, y que, sin embargo, no están sistemáticamente ubicados ni en el artículo 14 ni en la Sección 1.ª, capítulo II, título I.

*Trigésimo quinto.*—El Parlamento de Cataluña entiende que el artículo 58.4 LOPJ es contrario al artículo 20.1.c) EAC porque establece un recurso de casación contencioso-administrativo, que atribuye a la correspondiente Sala del TS, frente a Sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales de Justicia, en relación con actos y disposiciones de las CC.AA. y siempre que dicho recurso se funde en infracción de normas no emanadas de órganos que aquéllas; reprocha a dicho precepto que utilice como criterio para la intervención del TS el de la procedencia de la norma y no el de la materia que regula.

Dicho argumento es también utilizado tanto por el Consejo Ejecutivo de la

Generalidad de Cataluña, que añade, además, que el recurso de casación no queda configurado como una impugnación extraordinaria, lo que resulta incompatible con el artículo 152.1 CE como por el Gobierno Vasco, que mantiene la vulneración del artículo 14.1.c) EAPV, señalando que al no atenderse así la norma infringida en que se funde el recurso de casación regula materia de exclusiva competencia autonómica, sino sólo al órgano que la dicta, puede resultar que actos dictados por la CA, en materias de su competencia exclusiva, pero aún no desarrollados normativamente, se sustraigan al conocimiento del TSJ.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la normativa de la LOPJ en este aspecto no contradice lo dispuesto en los EA Vasco y Catalán, que reservan a la competencia de los órganos jurisdiccionales en las respectivas CC.AA. en el orden contencioso-administrativo las actuaciones administrativas “en las materias cuya legislación exclusiva corresponde a la CA (art. 14.1.c) EAC) sin establecer, por tanto, el criterio basado en el origen (estatal o autonómico), del acto administrativo como fundamento para la reserva en toda las instancias y grados a los órganos jurisdiccionales sitos en la correspondiente Comunidad. El criterio seguido por la LOPJ resulta justificado en cuanto a la intervención del TS mediante el recurso de casación cuando se funda en infracción de normas estatales supone que se elaborará una interpretación y jurisprudencia unitaria sobre tales normas en todo el territorio nacional, por un órgano judicial de ese alcance. A lo que ha de añadirse que el precepto orgánico viene de hecho a interpretar extensivamente las disposiciones estatutarias, al excluir de la casación ante el TS las Sentencias de los TSJ en relación con actos y disposiciones de las Comunidades que se funden en infracción de normas emanadas de órganos de aquéllas, no sólo en materias en que les corresponde la legislación exclusiva sino también en las que son de competencia compartida o concurrente.

Por otra parte, resulta irrelevante el argumento referido a la eventualidad de que la Comunidad no haya desarrollado normativamente la materia cuya competencia tiene atribuida, si se considera que en tal caso la aplicación de la norma estatal resulta de la propia cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE, sin que por ello el derecho estatal deje de serlo para convertirse en norma de la CA, sino que conserva su propio carácter y le sigue siendo predicable la necesidad de uniformidad en la interpretación a que responde la doctrina elaborada en casación.

Finalmente, el precepto de la LO impugnado no establece el régimen del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo, limitándose únicamente a determinar la competencia para resolverlo y remitiéndose en lo demás a lo que la Ley establezca, por lo que no puede apreciarse en dicha norma la desnaturalización del recurso a que alude el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña.

*Trigésimo sexto.*—El Parlamento de Cataluña considera que el artículo 65.1.a) y b), y, por conexión, el apartado 6.º LOPJ, infringen los artículos 20.1.b) EAC y 152.1 CE. El Consejo Ejecutivo de la Generalidad extiende la cita de preceptos que vulneran estas normas a los apartados 1.c) y 5.º del artículo 65 y, por conexión, al artículo 88 de la misma LOPJ.

Conforme a los mencionados artículos 152.1 CE y 20.1.b) EAC, los órganos judiciales radicados en Cataluña tienen la competencia genérica para conocer sin ninguna excepción por razón del tipo del delito, de todas las instancias y grados en el orden penal, salvo de los recursos de casación y revisión. Y si bien es cierto que la asignación de las causas se hace de conformidad con la legisla-

ción penal y procesal, los criterios establecidos se refieren sólo a los elementos o circunstancias de los delitos o a sus autores, no a la diferencia entre figuras delictivas, siendo el punto de conexión normal para la determinación de la competencia penal el del *locus delicti*, según el cual se determina el Juez natural, de tal modo que cuando el delito se acometa en territorio de la CA será Juez natural el radicado en dicho ámbito territorial, debiendo, asimismo, agotarse las sucesivas instancias ante órganos también localizados en dicho territorio.

Partiendo de tales premisas consideran que el artículo 65, apartados 1.a) y b), al señalar unos supuestos en que el conocimiento de las causas por determinados delitos corresponde a la AN, el apartado 5.º, al atribuirle la decisión de los recursos que se interpongan contra las sentencias y resoluciones de los Juzgados Centrales de Instrucción, el apartado 6.º al establecer una cláusula general de competencia a favor de dicha Audiencia en función de la atribución legal y el artículo 88, en la medida en que los Juzgados centrales de Instrucción han de instruir las causas cuyo conocimiento corresponde a la Sala de lo Penal de la AN, son contrarios a los principios y previsiones estatutarias expuestas. Y, finalmente, el apartado c), artículo 65.1 LOPJ, al no diferenciar los supuestos en que los efectos del delito se produzcan en territorios de diversas Audiencias, pero de un mismo TSJ, también incurre en inconstitucionalidad.

Igualmente, el Gobierno Vasco entiende que el artículo 65 LOPJ al establecer la competencia penal de la AN contraviene los artículos 14.1.b) y 34.1 EAPV y 152 CE, ya que el bloque constitucional reconoce al Tribunal Superior una competencia estatutaria genérica para conocer de todo tipo de causa, sin excepción por la naturaleza del delito, al seguirse el criterio del *locus delicti*. Igualmente entienden que los artículos 66 y 67 LO vulneran el bloque de la constitucionalidad al no respetar la regulación de competencias de los órganos jurisdiccionales del País Vasco.

La argumentación expuesta contraria a la competencia penal de la AN tanto desde la perspectiva del Juez ordinario predeterminado por la Ley que reconoce el artículo 24.2 CE como desde la competencia que según el artículo 152.2 CE debieran tener los Tribunales de Justicia, tiene como punto de referencia una identificación entre el “juez legal”, “juez natural” y juez del *locus delicti*, que no ha sido acogida por la doctrina de este Tribunal, contenida fundamentalmente en sus SSTC 25/1981 (FJ 6.º), 199/1987 (FJ 6.º) y 153/1988 (FJ 3.º); y en los AATC 15 febrero 1988 (Recurso de Amparo 1414/87) y 7 febrero 1989 (Recurso de Amparo 1896/88).

Conforme a la mencionada jurisprudencia constitucional, en lo que interesa al presente recurso, pueden señalarse las siguientes conclusiones:

1) Los artículos 117.3 y 4 CE desarrollan el principio consagrado en el artículo 24.2 CE en relación con el “derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley”, lo que significa desde luego garantía para el justiciable de una predeterminación del órgano judicial que ha de instruir, conocer y decidir sobre su posible responsabilidad criminal, pero también indica que dicho “juez ordinario” es el que se establezca por el legislador, si orgánica y funcionalmente merecen tal consideración como ocurre con los Juzgados Centrales de Instrucción y AN, como expresamente reconoció la Comisión Europea de Derechos Humanos en su informe de 16 octubre 1986.

2) Los artículos 152.1 CE, 14 EAPV, 20 EAC no suponen que los órganos jurisdiccionales en la CA tengan que asumir todas las competencias en materia penal como se desprende de la expresión “en su caso” y de la exigencia de que

para poder conocer de las “sucesivas instancias procesales” la primera de ellas ha de estar atribuida a órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la CA (art. 152.1.3).

3) El carácter de los delitos atribuidos a la AN (Juzgados Centrales de Instrucción y Juzgados Centrales de lo Penal), su complejidad y sus conexiones, y su finalidad encaminada a perturbar el orden constitucional han determinado normas de atribución competencial que también han existido y existen para otros hechos delictivos de especial significación, que suponen una singularidad respecto de la norma de atribución de la competencia criminal por el lugar que se comete el delito. Tales normas se enmarcan en la regulación general del *ius puniendi* y de las competencias generales de Justicia para el conocimiento de los hechos delictivos que corresponde al Estado (art. 149.1.5. y 6). Consecuentemente, los artículos 14.1.b) EAPV y 34.1 EAC no eliminan la posibilidad de que cuando razones institucionales lo justifiquen, el ordenamiento jurídico, sin lesión alguna constitucional o estatutaria, pueda residenciar el conocimiento en un órgano central, aunque el asunto comprenda puntos de conexión con el referido ámbito territorial.

4) Resulta evidente que el legislador estatal al establecer la planta orgánica de los Tribunales ha de tener en cuenta y respetar la estructura autonómica del Estado y el reconocimiento constitucional de los TSJ, pero la actuación de éstos presupone la radicación en el territorio de la Comunidad del órgano competente en primera instancia. Existen supuestos que, en relación con su naturaleza, con la materia sobre la que versan, por la amplitud del ámbito territorial en el que se producen, y por su trascendencia para el conjunto de la sociedad, pueden hacer llevar razonablemente al legislador a que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos pueda llevarse a cabo por un órgano judicial centralizado, sin que con ello se contradiga el artículo 152.1 CE ni los preceptos estatutarios que se alegan, ni tampoco el artículo 24.2 CE.

*Trigésimo séptimo.*—El artículo 38 LOPJ, que atribuye la resolución de los conflictos de jurisdicción a un órgano colegiado constituido por el Presidente del TS, dos Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este mismo Tribunal y tres Consejeros Permanentes del Estado, es considerado contrario al artículo 20 EAC y a los artículos 2 y 137 CE y 1 y cc. del propio Estatuto.

En primer lugar, el Parlamento de Cataluña entiende que el precepto orgánico establece un sistema de autocomposición del conflicto en el que no está previsto que la situación pueda producirse entre el Poder Judicial y la Administración de la Generalidad, no posibilitando la participación de ésta como parte implicada en el órgano llamado a componer el litigio, de manera que aquélla pueda verse desposeída de facultades estatutarias sin su intervención en el procedimiento.

En segundo término, la Generalidad de Cataluña, en argumentación sustancialmente coincidente con la representación del Gobierno Vasco, sostiene que en un Estado compuesto las Administraciones del Estado y de las CC.AA., fuera de los casos constitucionalmente previstos, sólo pueden interferirse a nivel de colaboración, no de decisión, y menos aún cuando se trata de conflictos con los Tribunales.

Los órganos jurisdiccionales, por otra parte, presentan una estructura estrechamente vinculada a la CA que culmina en el TSJ, por lo que la solución más adecuada hubiera sido la de encargar a un órgano de composición mixta (miembros del TSJ y miembros técnicos dependientes de la Administración Autónoma)

la resolución de los conflictos entre órganos jurisdiccionales en la Comunidad y la correspondiente Administración Autónoma.

La tesis expuesta parte de unas premisas que no pueden ser compartida ni el sistema establecido por los artículos 38 LOPJ y 1 a 21 LO 2/1987, de Conflictos Jurisdiccionales (LCJ), puede considerarse de autocomposición, ni tampoco representa una interferencia de la Administración del Estado en ámbito competencial que, constitucional o estatutariamente, corresponda a la Administración de las CC.AA. impugnantes.

El sistema de autocomposición de conflictos comporta conceptualmente la atribución de la resolución a un órgano de composición paritaria, integrado por representantes de las partes en conflicto, que ostentan capacidad de disposición sobre el objeto de la controversia.

Ninguno de tales caracteres es reconocible en el sistema diseñado por la LOPJ y la LCJ, que, en sustitución de la anterior competencia del Jefe del Estado de la L 17 julio 1948, difícilmente encajable en la CE al derivar de un régimen político caracterizado por la asunción por el Jefe de Estado de todos los poderes (STC 55/1985, FJ 2.º y 3.º), atribuye la decisión a un Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (art. 1 LCJ), que permite salvaguardar la garantía constitucional del monopolio jurisdiccional aprovechando la experiencia en la materia del Consejo del Estado. Pero sin que en dicho órgano pueda entenderse que la Administración que suscita o frente a quien se suscita el conflicto esté, ni siquiera formalmente, representada por los Consejeros Permanentes que la integran.

En efecto, el Consejo del Estado no forma parte de la Administración activa. Es, por el contrario, conforme al artículo 107 CE y al artículo 1.1, LO 3/1980 de 22 abril (LOCE), un órgano consultivo que actúa, en todo caso, con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia (art. 1.2 LOCE).

El Consejo de Estado, pese a la dicción literal del artículo 107 CE, que se refiere a él como supremo órgano consultivo del Gobierno, tiene en realidad el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia CE establece. Así resulta de su composición (art. 7 y 9.ª LOCE) y de sus funciones consultivas que se extienden también a las Comunidades Autónomas, según prevén explícitamente en el diseño competencial a que se remite la CE, realizado por los artículos 20 a 23 LOCE.

Por otra parte, tanto la jurisdicción que corresponde los Tribunales de Justicia como la competencia propia de la Administración son irrenunciables (arts. 9 LOPJ y 4 LPA), no existiendo sobre ellas facultad alguna de disposición o de transacción. La decisión del conflicto por sentencia (arts. 17 y 19 LCJ) ha de declarar a quién corresponde la jurisdicción controvertida de acuerdo con el diseño constitucional y legal de las correspondientes funciones judiciales y administrativas.

Finalmente, los EA Cataluña y País Vasco no atribuyen competencia a las respectivas Administraciones para intervenir en la resolución de los conflictos de jurisdicción, y la participación de los Consejeros Permanentes en el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción no puede decirse que lo sea como integrantes o provenientes de un órgano de la Administración Central.

*Trigésimo octavo.*—El artículo 42 LOPJ se opone, a juicio de la representación del Parlamento y Generalidad de Cataluña, a los artículos 20.1.d) y 20.2 EAC, y, según la del Gobierno Vasco, a los artículos 14.1.d) y 14.2 EAPV.

Con argumentos sustancialmente coincidentes, mantienen que el precepto de

la LO, al no prever ninguna excepción, atribuyendo a una Sala especial del TS los conflictos de competencia que se susciten entre Tribunales radicados exclusivamente en la correspondiente CA, vulnera las indicadas normas estatutarias.

Conforme a los artículos 20.2 EACy 14 EAPV, al TS sólo debería corresponder la resolución de los conflictos de competencia entre órganos judiciales de Cataluña o del País Vasco y los del resto de España. En lo demás, frente al criterio de atribución de la competencia *ratione materiae*, han de regir los principios del conocimiento por el órgano superior común y del agotamiento de todas las instancias procesales en el órgano que culmina la organización judicial en Cataluña y en el País Vasco, conociendo de ellos los correspondientes TSJ.

En consecuencia sostienen que, aunque con deficiente técnica, debe considerarse que, tanto el artículo 20.1.d) EAC como el artículo 14.1.d) EAPV, se refieren también a los conflictos de competencia entre órganos judiciales de diverso orden jurisdiccional.

La argumentación expuesta olvida, por una parte, que la resolución de las controversias jurisdiccionales para determinar a quién corresponde el conocimiento de un determinado asunto no constituye, propiamente, una ulterior instancia procesal en la que se revise la decisión adoptada en un proceso previo; y, por otra, la sustancial diferencia, tradicionalmente consagrada en nuestro Derecho, entre las controversias que al efecto se susciten entre Jueces y Tribunales de distintas jurisdicciones y las que pueden darse entre órganos judiciales de un mismo orden jurisdiccional.

Las primeras, con denominación equívoca, son las que la LOPJ considera como “conflictos de competencia”, establezca una instancia superior residenciada en el TS que contraiga el agotamiento de las mismas ante los TSJ dispuesto, en el ámbito de sus respectivas Comunidades, por los artículos 20.1.a, b y c EAC y 14.1 a, b y c EAPV. Los Estatutos vasco y catalán aluden expresamente a la reserva en favor de los órganos jurisdiccionales sitos en las correspondientes Comunidades de las “cuestiones de competencia” entre órganos judiciales (arts. 4.1.d EAPV y 20.1.d EAC), lo que viene a dejar fuera de tal reserva a los mencionados “conflictos de competencia” ya que, como se ha dicho, son instituciones procesales técnica y conceptualmente diferenciables en las que no se daría la necesaria identidad de razón para una aplicación analógica; y tampoco es ello preciso, teniendo en cuenta, como señala el Abogado del Estado, que los Estatutos no persiguen en este aspecto una previsión exhaustiva.

La única mención, por tanto, a los “conflictos de competencia” es la singular para determinados supuestos, contenida en el párrafo 2, artículos 20 EAC y 14 EAPV, que establecen el criterio de residenciación su solución en el Tribunal Supremo, el mismo generalizado para los restantes casos por la LOPJ, a quien si corresponde su regulación globalizada y completa.

E) *Otras impugnaciones. Trigésimo noveno.*—Procederemos finalmente a examinar un conjunto de impugnaciones sobre cuestiones muy diversas, difícilmente reconducibles a una unidad temática: las referidas a la regulación efectuada por la LOPJ de la utilización de las diversas lenguas españolas (art. 231), el nombramiento de los Presidentes de los TSJ (arts. 336.2 y 319 por conexión), la colegiación de Abogados y Procuradores (art. 439.2) la representación y defensa en juicio de las CC.AA. (art. 447.2), la valoración del conocimiento del Derecho y lengua propia de las CC.AA. en concursos y oposiciones, y los Tribunales Arbitrales de Censos (Disp. Adic. 6.<sup>a</sup>).

*Cuadragésimo.*—El Parlamento de Cataluña, la Junta de Galicia y el Gobierno

Vasco impugnan en sus respectivos recursos el artículo 231 LOPJ. Este precepto regula el uso de las distintas lenguas del Estado español en el seno de la Administración de Justicia. La impugnación tiene una doble dimensión; por un lado reprochan los órganos recurrentes al precepto el que entre en lo que consideran una competencia propia de las CC.AA.: la regulación del uso de sus respectivas lenguas. Por otra parte entienden que la regulación específica realizada supone la introducción de una desigualdad entre la lengua castellana y las lenguas propias de las CC.AA.

El tema así centrado ya ha encontrado, al menos parcialmente, respuesta en la doctrina sentada con ocasión de las Sentencias que resolvieron los recursos contra las leyes de normalización lingüística vasca, catalana, gallega y balear (SSTC 82, 83 y 84/1986, y 123/1988, respectivamente). Así, en la primera de esas resoluciones se indicó, por una parte, que el marco de la regulación del uso de las lenguas se encuentra en la CE (art. 3) y en los respectivos EA, debiendo la posterior regulación adecuarse a ese esquema definido por el bloque de la constitucionalidad. A partir de ahí, tanto Estado como CC.AA. pueden incidir en la regulación sobre la materia de acuerdo al reparto general de competencias, encontrándonos, pues, ante una competencia concurrente. Esa misma resolución abordó ya el tema de la regulación del uso de la lengua dentro de la Administración de Justicia concluyendo que en tanto en cuanto la CE reserva como competencias exclusivas del Estado la Administración de Justicia (art. 149.1.5) y la legislación procesal (art. 149.1.6), debe ser el Estado el que regule el uso de las lenguas dentro de la Administración de Justicia, sin perjuicio de que las CC.AA. puedan "regular el alcance inherente al concepto de cooficialidad, tal y como viene establecido por el artículo 3.2 CE y en los artículos correspondientes de los EA". Eso es lo que hacen distintos artículos de las leyes de normalización lingüística dictadas por CC.AA. (art. 9 Ley vasca 10/1982, art. 9 Ley catalana 7/1983, art. 7 Ley gallega 3/1983 y art. 11 Ley balear 3/1986). La consecuencia que cabe extraer de ello es que, al no existir competencia exclusiva sino concurrente sobre la regulación de las lenguas en favor de las CC.AA., el Estado es competente para regular el uso de las lenguas en el seno de la Administración de Justicia dadas las reservas competenciales del artículo 149.1, apartados 5 y 6, por lo que el artículo 231 LOPJ no invade competencia alguna reservada a las CC.AA.

*Cuadragésimo primero.*—Queda por analizar si existe o no una vulneración del marco material definido por el bloque de constitucionalidad en materia lingüística por parte del precepto citado. A este respecto el único reproche realizado es el de considerar la lengua propia de la CA como lengua "oficial residual" o "de segundo grado". No obstante y siguiendo de nuevo con la doctrina sentada en las resoluciones previamente citadas y, en concreto, en la primera de ellas, no existe vulneración del bloque de la constitucionalidad en materia lingüística. El carácter de lengua oficial de ámbito general del castellano y la obligación que todos los españoles tienen de conocerlo y el derecho de usarlo (art. 3.1 CE) hace que ésta sea la lengua generalmente usada en el ámbito de la Administración de Justicia, lo que viene a ser reconocido por el artículo 231.1 LOPJ. Ahora bien, frente a esa generalidad existen CC.AA. con estatuto de cooficialidad lingüística, estatuto que se traduce, entre otras cosas, en el derecho a usar la lengua propia de la Comunidad en el seno y ante las Administraciones Públicas, lo que para la Administración de Justicia se reconoce en los apartados 2 y 3 LOPJ. Ello supone, pues, en principio una posición de igualdad de las dos lenguas oficiales en el seno de las correspondientes CC.AA. El hecho de que se prevea, por un lado, la obli-

gación del uso del castellano para los miembros del Poder Judicial y para el personal al servicio de la Administración de Justicia a petición de alguna de las partes (ap. 2) y la necesidad de traducir en determinados supuestos actuaciones y documentos (ap. 4) es plenamente coherente con la cooficialidad lingüística, tal y como está diseñada por el bloque de la constitucionalidad. Ello porque el derecho a no sufrir indefensión del que goza todo ciudadano según lo previsto por el artículo 24 se anuda a la obligación de conocimiento del castellano (art. 3.1 CE), obligación que no existe respecto del resto de las lenguas españolas.

*Cuadragésimo segundo.*—Tanto el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña como el Parlamento de esta CA impugnan el artículo 336.2 LOPJ y, por conexión, su artículo 319. El primer precepto establece que “el nombramiento del Presidente de un TSJ tendrá efectos desde su publicación en el “BOE”, sin perjuicio de la preceptiva publicación en el “Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma”. Entienden los recurrentes que dicha norma deja sin sentido el artículo 21.1 EA catalán y el artículo 61.b) L 3/1982 Parlamento de Cataluña.

Ahora bien, del análisis de todos estos preceptos se deduce que no existe oposición frontal entre ellos, ya que lo que vienen a establecer es la doble publicación del nombramiento del Presidente del TSJ. La discrepancia, por ello, se centra más bien en la parte del artículo 336.2 que establece la fecha de publicación del nombramiento en el *BOE* como *dies a quo* para determinar sus efectos.

Esta norma ni choca con el Estatuto catalán ni con precepto constitucional alguno. Sentada constitucionalmente la unidad del Poder Judicial, y su incardinación en el Estado, no cabe duda alguna sobre la competencia estatal para nombrar a todos los miembros del Poder Judicial; en correspondencia con esa competencia, resulta lógico que sea la fecha de publicación en el *BOE* la que sirva para determinar el inicio de los efectos de estos nombramientos. En el caso de los Presidentes de TSJ y en concreto en el de Cataluña, se prevé otra publicación: la del Boletín Oficial correspondiente, *Diario Oficial de la Generalidad en Cataluña*. Esta segunda publicación se justifica por el papel que el Tribunal Superior ocupa dentro del territorio de la CA y en nada cuestiona el principio de unidad del Poder Judicial, como ya se indicara en la STC 76/1983.

El hecho de que los efectos normales de todo nombramiento se computen en este caso a partir de la publicación en el *BOE* no deja sin sentido la segunda publicación. Esta posee, al menos, una doble significación; da mayor publicidad, y responde a la relación continua de colaboración que debe existir entre CC.AA. y Poder Judicial dando relevancia al nombramiento del Presidente del órgano superior del Poder Judicial ubicado en la CA.

Esta finalidad justifica sobradamente la doble publicación sin que suponga un vacío de ejercicio competencial. Por otra parte, no puede olvidarse que la doble publicación en el *BOE* y en el *Boletín* de la Comunidad Autónoma no es algo que sólo se produzca con estos nombramientos; leyes autonómicas y muchas disposiciones no estatales se publican en el *BOE* si bien alcanzan su perfección con la primera publicación en el Boletín de la Comunidad Autónoma, tal y como disponen, por ejemplo, los artículos 33.2 y 37.4 EA Cataluña. Ello se explica por la naturaleza autonómica de las normas publicadas. Resulta, pues, coherente que cuando la resolución publicada sea estatal los efectos los produzca la publicación en el órgano estatal de difusión y no el autonómico aunque se ordene la doble publicación.

*Cuadragésimo tercero.*—El artículo 439.2 LOPJ dispone que “la colegiación de los Abogados y Procuradores será obligatoria para actuar ante los Juzgados y

Tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre Colegios profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones públicas o entidades por razón de dependencia funcionaria o laboral”.

El Parlamento y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad y el Gobierno Vasco entienden que la exigencia de que la colegiación obligatoria de Abogados y Procuradores deba exigirse conforme a lo previsto, al margen de en la propia LOPJ, en la “legislación general sobre Colegios profesionales”, desconoce las competencias exclusivas que tienen asumidas en materia de Colegios profesionales y ejercicio de profesiones tituladas (arts. 9.23 EAC y 10.22 EAPV), salvo que se interprete que la remisión a la legislación sobre Colegios profesionales viene referida a la correspondiente legislación autonómica.

El precepto orgánico presenta una doble faz; de un lado, la exigencia de que para poder actuar válidamente ante los órganos jurisdiccionales, los Abogados y Procuradores deban estar colegiados y, de otro, la precisión de que esa colegiación lo ha de ser, además de en conformidad con lo previsto en la propia LOPJ, en los términos establecidos por “la legislación general sobre Colegios Profesionales”.

Desde la primera perspectiva no cabe la menor duda de que la exigencia de la colegiación de los indicados profesionales tiene una clara dimensión procesal, presentándose como uno de los requisitos formales de los actos realizados por las partes en el proceso. Siendo la legislación procesal de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.6.<sup>a</sup> CE), es claro que la previsión del precepto impugnado en modo alguno invade las competencias autonómicas.

Ahora bien, una cosa es la anterior exigencia y otra bien distinta la forma de llevarse a cabo. Una vez establecido que para poder actuar en un proceso judicial los Abogados y Procuradores deban estar colegiados, cómo haya de llevarse a efecto la colegiación debe determinarse por quien tengan competencia para ello. Las CC.AA. a las que pertenecen los órganos impugnantes han asumido competencias exclusivas en materia de Colegios profesionales y ejercicio de profesiones tituladas y el Estado tiene competencia, también exclusiva, para regular las bases del régimen jurídico de los Colegios profesionales en los limitados aspectos en que actúan funciones públicas y en los que, en consecuencia, su naturaleza es de Administraciones públicas (art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE y STC 76/1983). La LOPJ en el precepto impugnado no pretende hacer una regulación de la colegiación como requisito general y abstracto, sino tan sólo exigir la misma a los efectos expresados, por lo que la remisión a la “legislación general sobre Colegios profesionales” que el citado precepto efectúa, debe entenderse referida a la legislación dictada por quien sea competente para ello de acuerdo con el cuadro de distribución de competencias en la materia dischado por la CE y los EA.

*Cuadragésimo cuarto.*—El artículo 447.2 LO regula, en lo que ahora importa, la representación y defensa en juicio de las CC.AA., funciones que se atribuyen a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de aquéllas. Esta regla, de alcance general, se complementa con el mismo precepto con otras dos previsiones relativas, respectivamente, a la eventualidad de que las propias CC.AA. designen a tales efectos a un Abogado Colegiado que las represente y defienda y a la posibilidad de que los letrados integrados en los servicios jurídicos del Estado realicen también tal función “en los términos que se establecerán reglamentariamente”. Esta última previsión del artículo 447.2 ha sido impugnada por el Consejo Ejecutivo y por el Parlamento de la Generalidad de Cataluña, y también por el Gobierno Vasco, al estimar los recurrentes que la norma entraña (o puede entra-

ñar, según los órganos de la Generalidad) una invasión o menoscabo de las competencias autonómicas de autoorganización (arts. 9.1 EA Cataluña y 10.2 EA Vasco), una transgresión, en segundo lugar, de las competencias autonómicas para desarrollar las bases estatales sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18 CE) y una lesión, en fin, del principio de la libre elección de la defensa letrada (art. 24.2 CE y normas internacionales conexas).

Los alegatos así expuestos no puedan ser compartidos por este Tribunal, con independencia de que su carácter cautelar (al menos en lo que a la Generalidad de Cataluña se refiere) haría incluso innecesario, de conformidad con una muy retirada doctrina constitucional, su examen y resolución en esta Sentencia. En el último inciso, artículo 447.2 LOPJ no se aprecia despojo o menoscabo competencial de tipo alguno, ya que el contenido normativo de la regla así adoptada carece de todo alcance cogente o impositivo sobre las CC.AA. Se trata de un precepto dirigido claramente a los servicios estatales, que permite la representación y defensa por éstos de las CC.AA., si éstas optaran por ello, sin imponer en forma alguna que ésta haya de ser la vía a seguir en todo caso. Se limita al precepto, respecto de las CC.AA., sin merma de su derecho a procurarse de otro modo representación y defensa, a prever en su favor, y con carácter voluntario, una opción más, mediante la cual puedan los servicios jurídicos del Estado colaborar con las administraciones autonómicas a los efectos que el precepto contempla. No es dudosa, en fin, que le corresponde al Estado reglamentar las condiciones para una tal colaboración, pues obvio es que no pueden las CC.AA. disponer de los servicios jurídicos de aquél sin una específica normativa estatal que así lo prevea.

*Cuadragésimo quinto.*—Impugnan los órganos recurrentes diversos preceptos de la LOPJ por no respetar, a su juicio, las previsiones de sus respectivos EA en lo que se refiere a la valoración como mérito preferente en los concursos, oposiciones y nombramientos para cubrir plazas vacantes en el respectivo territorio de Magistrados, Jueces, Secretarios Judiciales y demás personal al servicio de la Administración de Justicia del conocimiento del Derecho propio de la Comunidad, y en su caso, de la lengua también propia.

A este respecto el artículo 23.1 EAC y el 25 EAG establecen que, a los indicados efectos, se valorarán como méritos preferentes la especialización de los Derechos catalán y gallego, precisando el segundo de los Estatutos citados que dicho carácter de mérito preferente también lo ostentará el conocimiento de la lengua gallega. Por su parte, el EAPV, en los números 1 y 3, artículo 35, da, a los mismos efectos, idéntico carácter de mérito preferente al conocimiento del Derecho civil foral vasco y del euskera.

Pues bien, en las demandas de inconstitucionalidad se impugnan los preceptos de la LOPJ que, al regular la provisión de plazas para Secretarías Judiciales y demás funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, guardan silencio absoluto sobre la consideración del indicado mérito (arts. 475, 478, 479.2, 480, 481, 482, 490, 491, 493, 494, 496, 499, 500, 506.1, 2 y 3, 508.1, 2 y 3 y disp. trans. 2, 20, 21, 22, 23, 24 y 26.2 y 3) así como aquellos que se refieren a la provisión de plazas vacantes de Jueces en régimen de provisión temporal (arts. 428 y 431). Por la misma razón también se combaten los preceptos que regulan el ingreso en la carrera judicial de juristas de reconocida competencia (arts. 301.3 y 311 a 314) y, en general, todos aquellos que se refieren a los integrantes del Poder Judicial (arts. 81, 94, 96, 100, 101.1, 2 y 4, 118, 152.2.3.º, 4.º y 5.º, 200, 201 a 213, 216, 301.1,

2 y 3, 302, 303.1, 2 y 3, 306.1, 326, 329.1, 2 y 3, 330.1 y 2, 332, 334 y disp. trans. 2.4 y 5, 3, 8, 9, 13, 15, 16, 17 y 26.1).

Se impugnan también los artículos 341.1 y 2 y 330.3 LOPJ, que se refieren a la provisión de plazas de Presidente de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias (art. 341.1), a las de todos los órganos judiciales radicados en el territorio de las respectivas CC.AA. (art. 341.2) y a las plazas reservadas en la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ a juristas de reconocido prestigio (art. 330.3). Estos preceptos se impugnan porque, si bien se recoge en ellos como mérito el conocimiento del respectivo Derecho autonómico, lo limitan a un sector del mismo —el Derecho civil especial o foral— y, además, no precisan, en el caso de los artículos 341.1 y 330.3, que tal mérito haya de ser preferente.

La resolución de la contienda suscitada requiere que, con carácter previo, se aborden las dos siguientes cuestiones: *a)* Si la referencia en los EA Cataluña y Galicia a los Derechos catalán y gallego, respectivamente, ha de entenderse realizada a toda su producción normativa o, por el contrario, tan sólo el Derecho civil especial o foral; *b)* el alcance que ha de darse a la expresión “concursos, oposiciones y nombramientos” contenida en el artículo 23.1 EAC y a la de “concursos y oposiciones” del artículo 25 EAG.

*a)* La primera cuestión debe resolverse en el sentido de estimar que las expresiones “Derecho catalán” y “Derecho gallego” contenidas respectivamente en el EAC y en el EAG, se refieren a toda la producción normativa que en el ejercicio de sus competencias dicten los órganos autonómicos, esto es, al Derecho civil especial o foral de cada una de dichas dos CC.AA. y las normas de Derecho público que dicten en materias sobre las que hayan asumido competencias normativas. Entenderlo de otro modo y reducir el alcance de la expresión al Derecho civil foral supone, no sólo desconocer la trascendencia a los efectos que nos ocupan de la total producción normativa de las CC.AA., sino admitir un absurdo como el de, por ejemplo, exigir a un Magistrado destinado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de un TSJ la especialización en el Derecho civil foral de la respectiva Comunidad y no en el Derecho público de la misma que es, precisamente, el que primariamente ha de interpretar y aplicar. No se opone a la anterior conclusión la circunstancia de que varios EA no recojan como mérito preferente al conocimiento o la especialización en el Derecho propio de la respectiva Comunidad, ni la de que otros, como es el caso del EAPV, limiten la exigencia a un sector de dicho Derecho como es el Derecho civil especial foral, pues como tantas veces hemos afirmando la pluralidad propia del Estado autonómico consiste no sólo en que está integrado por varias CC.AA., sino que éstas pueden ser y de hecho son diversas entre sí, no existiendo principio alguno que exija que las previsiones de los distintos EA y el alcance que haya de darse a las mismas deba ser en todo caso igual.

*b)* La Carrera Judicial, así como los Cuerpos en que se integran los distintos funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, son cuerpos únicos y de ámbito nacional. En consecuencia, cuando los preceptos estatutarios prevén que el mérito discutido se tendrá en cuenta en “concursos, oposiciones y nombramientos”, ha de entenderse que se refiere al acceso a plazas en los territorios autonómicos una vez producido el ingreso en la correspondiente Carrera o Cuerpos, pero no al ingreso en los mismos, en cuyo caso, dado su carácter nacional, no tiene ningún sentido exigir la especialización en los Derechos de cada una de las entidades territoriales que integran la Nación.

*Cuadragésimo sexto.*—Teniendo en cuenta lo anterior, ha de concluirse que no existe contradicción entre los preceptos de la LOPJ impugnados y los estatutarios que invocan los órganos recurrentes, pues aquéllos en modo alguno impiden o excepcionan la aplicación de éstos.

La impugnación que se hace de aquellos preceptos de la LOPJ que regulan el ingreso en la Carrera Judicial, ya sea por el turno de oposición, ya lo sea por el turno de juristas de reconocida competencia, así como la de aquellos que disciplinan el ingreso en los distintos cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, no se sostiene, pues, por lo dicho, la exigencia de especialización no puede ser aplicable al ingreso en la Carrera Judicial y en los indicados cuerpos de funcionarios.

La circunstancia de que, en lo que se refiere a la provisión de plazas vacantes, la LOPJ guarde silencio sobre la valorización como mérito preferente de la especialización en el Derecho propio de la CA para las plazas de aquellas Comunidades que así lo han regulado en sus EA, no implica que aquella Ley esté desconociendo las previsiones estatutarias. Como precisa el Abogado del Estado, no es objeto de la LOPJ una regulación exhaustiva de los méritos y circunstancias de puntuación de todas y cada una de las pruebas a que se refiere. En este punto la LOPJ y los EA configuran una normación compuesta que, lejos de excluirse recíprocamente, se complementan, de modo que el órgano competente para desarrollar las previsiones de aquélla o para convocar las correspondientes pruebas selectivas deberá tener en cuenta las exigencias estatutarias en orden a establecer como mérito preferente el conocimiento de la lengua propia y del Derecho, también, propio de la respectiva CA.

Otro tanto cabe decir de los artículos 341.1 y 2 y 330.3. La circunstancia de que estos preceptos orgánicos a la hora de regular el mérito preferente examinado se refieran al Derecho civil especial o foral, no revela más que una preocupación del legislador orgánico por proteger, en este caso a través de la exigencia de su conocimiento o especialización para quienes pretendan ocupar plazas en los órganos jurisdiccionales asentados en los respectivos territorios autonómicos, dicha clase de Derecho civil, pero no impide que en el caso de aquellas Comunidades en las que sus EA han establecido la exigencia de mérito, no sólo para el Derecho civil especial o foral, sino para toda la producción normativa de la Comunidad, dicha exigencia se extienda a la totalidad del derecho propio de la CA de que se trate, lo que habrá de tenerse en cuenta por el órgano competente para desarrollar las previsiones en este punto de la LOPJ o para, en su caso, convocar los oportunos concursos y proceder a los nombramientos.

Desde esta perspectiva los citados tres preceptos no se oponen a las previsiones estatutarias, pues el artículo 341.2 expresamente dispone que “reglamentariamente se determinarán los criterios de valoración sobre el conocimiento del idioma y del Derecho civil especial o foral... Como mérito preferente...” El número 1.º del mismo artículo regula igual mérito para la provisión de plazas de Presidente de los TSJ y de las Audiencias, sin precisar que el mismo haya de ser preferente. Este silencio no implica negar las previsiones estatutarias ni tampoco que éstas no pueden tener aplicación. Como ya se ha dicho, será el órgano competente para desarrollar este precepto orgánico o el que lo sea para proceder a la provisión de las plazas el que, con respeto a lo establecido en los EA, deberá precisar la preferencia y el alcance que haya de darse a dichas previsiones en relación con los demás méritos a ponderar. Lo mismo cabe decir del artículo 330.3 que, al regular al nombramiento de juristas de reconocido prestigio para la

Sala de lo Civil y Penal de los TSJ no precisa que el referido mérito haya de valorarse como preferente.

Finalmente, es necesario precisar que la cuestión sobre si el mérito ha de referirse a una auténtica "especialización" o, por el contrario, a un mero "conocimiento" del respectivo Derecho autonómico, es un problema meramente semántico que ha de traducirse en la práctica en una facultad ponderativa de quien, con sujeción a las normas que se dicten y los criterios que se establezcan al respecto, sea competente para hacer valoración de los méritos, por lo que a la circunstancia de que diversos preceptos de la LOPJ, al regular la provisión de plazas, se refieran a un "conocimiento" y no a una "especialización" del Derecho autonómico, tal y como establecen los Estatutos de Cataluña y Galicia, no se opone a las previsiones estatutarias ni impide la efectiva aplicación de las mismas.

*Cuadragésimo séptimo.*—El Parlamento y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña consideran que la Disposición Adicional 6.<sup>a</sup> LOPJ, que suprime los Tribunales Arbitrales de Censos en las provincias de Barcelona, Tarragona, Lérida y Gerona, es contraria al artículo 149.1, 6 y 8 CE y al artículo 9.2 y 3 EAC, ya que dichos órganos no ejercían una función estrictamente jurisdiccional ni estaban comprendidos realmente en el Poder Judicial, puesto que tenían un carácter arbitral, llamados a ejercer la pacífica composición de las cuestiones que la partes pudieran plantear en el sentido y con el alcance de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, de 22 diciembre 1953 (art. 2.2.º). No se trataba, por tanto, de Tribunales excepcionales, cuya supresión estuviese justificada en lo dispuesto en el artículo 117.6 CE, sino de una institución básica para el desarrollo del Derecho civil catalán, debiendo tenerse en cuenta que el artículo 296, entre otros preceptos, del D. Leg. 1/1984, aprobatoria del TR Compilación del Derecho civil de Cataluña, al establecer que la enfiteusis se regirá, en defecto del título de constitución, por las disposiciones contenidas en las leyes sobre inscripción, división y redención de censos en Cataluña, ha asumido, en su integridad, por reenvío, la L 31 diciembre 1945 reguladora de dichos Tribunales Arbitrales de Censos, que constituye una parte instrumental imprescindible de la regulación sustantiva, en tanto no disponga otra cosa el Parlamento de Cataluña.

La tesis de los recurrentes en los términos expuestos parte de una premisa que no puede ser acogida.

Los Tribunales Arbitrales de Censos, pese a su denominación, se configuran en la citada L 31 diciembre 1945 como auténticos órganos jurisdicciones.

En efecto, su artículo 46 atribuía a los Tribunales que crea en cada una de las provinciales catalanas el conocimiento "con carácter exclusivo" de los asuntos que se planteasen en los respectivos territorios con ocasión de las divisiones y redenciones de censos, determinación de pensiones, valoración de prestaciones, estimación de fincas a los efectos de redención, fijación de laudemios y, en general, de cuantas cuestiones fueran objeto de la propia Ley o hicieran referencia a su aplicación. Es decir, establecía la obligación de las partes, en los casos taxativamente determinados por la Ley, de acudir a los Tribunales Arbitrales de Censos, cuya intervención, por tanto, no respondía a un acto voluntario de sumisión o sometimiento a su decisión, inherente al método específico de heterocomposición dispositiva del conflicto en que consiste la institución arbitral, sino a reglas propiamente atributivas de competencia objetiva y territorial.

En suma, en términos de la STC 43/1988 (FJ 4.º), no se trataba del reconoci-

miento legal a que por obra del principio de autonomía de la voluntad de los particulares pudiera optarse por la jurisdicción de unos árbitros, renunciando a la jurisdicción estatal, sino de la creación de unos órganos del Estado que ejercían una jurisdicción especial (STS 4 noviembre 1970), a quien, pese a la expresada calificación legal, les correspondía dictar y ejecutar sentencia; proviniendo su singularidad de su composición (arts. 47 y 48), ámbito material y territorial de su competencia (art. 46), y desenvolvimiento procesal (art. 49), en el que supletoriamente regía la LEC.

Por otra parte, no puede ignorarse que, con independencia de otros aspectos de la L 31 diciembre 1945, sobre inscripción, división y redención de censos en Cataluña, su capítulo IV tiene un inequívoco carácter procesal; de manera que, en relación con los Tribunales de Censos, las normas de competencia y procedimiento de actuación, no puede esgrimirse otro título competencial que el previsto en los arts. 149.1.6.º CE y 9.3 EAC; y conforme a tales preceptos, en las especialidades procesales derivadas de las peculiaridades del Derecho Civil sustantivo de Cataluña no cabría incluir la subsistencia de dichos órganos, al representar, conforme a la naturaleza expuesta, una genuina materia de ordenación del Poder Judicial que atañe, incluso, a la unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE), siendo por tanto, en todo caso, inasumible su regulación por la Comunidad en virtud del reenvío del D. Leg. 1/1984 a que aluden los recurrentes.

F. C. D.

## II. Resoluciones de la Dirección General

Por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO  
y JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ

### *CLAUSULAS DE INTERES VARIABLE EN LAS HIPOTECAS (COMENTARIO A LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 16 DE FEBRERO Y 16 DE MARZO DE 1990).*

Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16-2-90 y 16-3-90 se plantean dos supuestos similares de hipoteca en garantía de interés variable, que obligan a su análisis conjunto. Para ello vamos a hacer un resumen de ambas, procediendo a continuación a su estudio sistemático.

La RDGRN de 16 de febrero de 1990 prevé como cláusula de interés variable la siguiente:

A) *Intereses.*—El préstamo devengará un interés del 14,50 por 100. Transcurridos los dieciocho primeros meses de la vigencia del préstamo se aplicará en cada semestre un tipo de interés que será el resultante de añadir un punto porcentual a la media aritmética de los tipos de intereses preferenciales que para los préstamos por plazo de un año tengan establecidos los Bancos Hispano Americano, S.A.; Banco Español de Crédito, S.A., y Banco Central, S.A., y que hayan sido publicados en el *Boletín Económico* del Banco de España o en cualquier otra publicación de la misma naturaleza, o acreditado mediante certificación del Banco de España... La sociedad prestamista comunicará a la parte prestataria el tipo de interés publicado por los bancos, con referencia a su publicación, y con expresión del tipo de interés resultante y aplicable al préstamo convenido. Se considerará que el Banco cumple bien el indicado deber de comunicación mediante el envío, durante los diez primeros días del mes anterior al comienzo del período de interés, de una carta con acuse de recibo conteniendo los datos anteriormente citados. La parte prestataria, a su vez, inexcusablemente, deberá hacer llegar al Banco, antes de los diez días del comienzo del período de interés, bien por telegrama, bien personalmente o por cualquier otro medio fehaciente, la comunicación de su aceptación o rechazo del nuevo tipo de interés. Si por cualquier razón, incluso fuerza mayor, la parte prestataria no llevara a efecto tal comunicación, se entenderá que la parte prestataria acepta el tipo de interés comunicado. Si dicha parte prestataria comunica al Banco su negativa a aceptar el nuevo tipo de interés, el contrato quedará resuelto de pleno derecho por alteración de circunstancias.

B) *Cantidad líquida exigible*.—A los efectos de lo dispuesto en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pacta expresamente por los contratantes que la liquidación para determinar la deuda ejecutivamente reclamable se practicará por el Banco, el cual expedirá la oportuna certificación que recoja el saldo que presente el préstamo el día del cierre. En su virtud, bastará para el ejercicio de la acción ejecutiva la presentación de la copia autorizada de la escritura y acta notarial que incorpore el certificado, expedido por el Banco, del saldo a cargo del beneficiario.

C) *Garantía real*.—En garantía de la devolución del capital de 8.000.000 de pesetas objeto del presente préstamo, de sus intereses (que no podrá sobrepasar, en perjuicio de terceros, del 21 por 100 anual), hasta el máximo legal, y de la suma de 1.600.000 pesetas que se fijan para costas y gastos (entre los que se incluirán los que corran a cargo de la parte prestataria por razón de la finca a hipotecar y que hayan sido satisfechos por el Banco), constituyen hipoteca a favor del Banco Catalán de Crédito.

El Registrador de la Propiedad denegó la cláusula de variación de interés, entre otras, por una serie de defectos, entre los que destacamos los siguientes:

1.º Por ser inadmisibles aplicar a cada período de interés de seis meses un interés de referencia determinado por la media aritmética de la cuantía de intereses preferenciales a un año, infringiendo las disposiciones vigentes que exigen que el tipo preferencial debe ser de operaciones a crédito de plazo similar al período de interés.

2.º La comunicación del interés vigente en cada período se regula de forma unilateral por la entidad prestamista, sin que conste la aceptación expresa por el prestatario en la forma y contenido de dicha comunicación.

3.º Por vulnerar dicha cláusula el artículo 51 de la Constitución y la Ley 26/1984, de 19 de julio, de protección de los consumidores, al infringir la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones y constituir una condición abusiva de crédito declaradas nulas por la citada Ley.

4.º Por no garantizarse los intereses de demora de modo individualizado, estableciendo una responsabilidad separada.

5.º Porque la frase "no podrá sobrepasar en perjuicio de terceros" a que se refiere la cláusula de responsabilidad hipotecaria es improcedente, puesto que respecto a la cuantía máxima del porcentaje por intereses variable no cabe distinguir entre partes y terceros al tratarse de una hipoteca de máximo o de seguridad.

6.º No es admisible en dicha cláusula de variación de intereses la posibilidad de acreditar el saldo exigible por medio de certificación de la entidad acreedora, sin que conste en la escritura la oposición del deudor al saldo en los términos del artículo 153 de la Ley Hipotecaria y 245 de su Reglamento.

Por su parte, la RDGRN de 16 de marzo de 1990 también plantea la problemática de recoger UNA CLÁUSULA DE VARIACIÓN DE INTERÉS que, en sus líneas fundamentales, consistía en distinguir dos fracciones temporales:

a) Un primer período en que el tipo de interés es fijo.

b) Sucesivas fracciones temporales en que el tipo de interés aplicable será variable, consistente fundamentalmente en el resultado de añadir un diferencial al tipo de referencia constituido por el promedio de los tipos preferenciales de interés para operaciones de préstamo a un año, publicados por las entidades de crédito que en dicha cláusula se relacionan.

Al mismo tiempo, se preveían unas CAUSAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO del préstamo, en concreto por imposibilidad de inscripción de la escritura, por falta de pago a sus vencimientos de los intereses o amortizaciones, falta de pago de contribuciones y tributos que graven la finca, disminución de una cuarta parte del valor de la garantía, expropiación de la finca hipotecada, existencia de gravámenes no conocidos y la limitación por cualquier causa de la capacidad de administración o disposición de la parte prestataria.

La Registradora de la Propiedad DENEGO AMBAS CLAUSULAS por dos razones:

- a) Constituir meros pactos obligacionales.
- b) Ser la cláusula de variación de intereses contraria al artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores.

Del estudio sistemático de estas resoluciones, podemos plantear los siguientes aspectos:

1.º *Inscribibilidad de las cláusulas de interés variable.*—El argumento de la Registradora en la última de las resoluciones citadas de que constituye una obligación personal es rechazada por la DGRN.

La hipoteca garantiza el pago —dice la DGRN— no sólo del capital, sino también de los intereses que, como hoy dice la misma Ley (art. 131.3.º4.º), pueden ser variables; y esta circunstancia, en cuanto determinante del alcance de la garantía, TIENE TRASCENDENCIA REAL y conforme al artículo 12 de la Ley Hipotecaria debe ser objeto de inscripción.

Cosa distinta, a mi entender, es que tal inscripción no deberá ser necesariamente literal, bastando la “expresión circunstanciada de todo lo que según el título determine el derecho inscribible” (art. 51, párr. 6.º, RH), siempre bajo la responsabilidad del Registrador de que lo omitido no produzca inexactitud (art. 296 LH).

2.º *No pueden ser rechazadas por abusivas.*—Así, la RDGRN de 16-3-90 considera que ninguna cláusula de interés variable puede ser tachada de nulidad *ipso iure* en base a la Ley de Protección de los Consumidores de 19-7-84.

Dos posiciones doctrinales existían al respecto:

a) La de quienes consideraban calificables tales extremos en base al carácter de nulidad absoluta con que sanciona el artículo 10 de la citada Ley las condiciones abusivas de crédito.

Así GARCÍA GARCÍA, en su colaboración en el *Boletín del Colegio de Registradores* el 30 de noviembre de 1987, defendía la posibilidad de denegación de los pactos sobre interés variable que infrinjan la Ley de Protección de los Consumidores (en su caso era una cláusula de variación de intereses en que el tipo de referencia era el preferencial de la propia entidad acreedora).

b) La de quienes, como AVILA NAVARRO (en su libro *La hipoteca: estudio registral de sus cláusulas*, 1990, pág. 99), consideran que la calificación notarial y registral de las condiciones abusivas de crédito es un concepto abstracto e impreciso, al igual que el concepto de interés usurario sancionado en la Ley de represión de la usura de 23-7-1908, de manera que en ambos casos (interés abusivo o usurario) sólo cabe apreciación judicial y no registral.

Esta es la tesis seguida por la DGRN en la resolución de 16-2-90 al considerar que “no es posible, con los simples datos que se pueden utilizar en la calificación

registral, estimar qué concretas estipulaciones sean condiciones abusivas conforme a la Ley de Protección de los Consumidores”.

3.º *Necesidad de que las cláusulas de interés variable se determinen de forma objetiva.*—En lo que sí insiste la RDGRN de 16-2-90 es en la necesidad de que en las cláusulas de interés variable se prevea su variabilidad de modo objetivo, lo que viene a reafirmar la tesis de GARCÍA GARCÍA de exclusión de sistemas subjetivos, como pudiera ser la remisión al tipo preferencial de la propia entidad acreedora.

En concreto, para este autor la cláusula de interés variable debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Que sea objetivo y no el preferencial de la propia entidad.
- b) Máximo de responsabilidad a efectos de la hipoteca y no sólo frente a terceros.
- c) Cláusula clara y comprensible para el prestatario.
- d) Posible desistimiento del prestatario.
- e) Que sea pacto al alza o a la baja, no simplemente un aumento.

En definitiva, la DGRN confirma la opinión doctrinal mayoritaria de que la exigencia de objetividad viene exigida por el artículo 1.256 CC que impide dejar el cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes.

Así podríamos considerar admisibles tipos de referencias objetivos, como el MIBOR (Mercado Interbancario de Madrid), LIBOR (de Londres) o cualquier otro tipo de referencia determinado por las fluctuaciones de otros tipos medios de intereses de entidades financieras, siempre que:

- a) La entidad prestamista no pertenezca al mismo grupo (Circular del Banco de España 5-12-88).
- b) Sea comunicada al cliente con antelación razonable (OMEH de 12-12-89).
- c) No se establezca un desequilibrio entre las partes, como serían las que no previeran una variación al alza o a la baja, sino sólo al alza (como la remisión al IPC).

Así, la DGRN considera que reúne caracteres de objetividad, en contra de lo argumentado por el Registrador, la determinación de la variabilidad de los intereses en función del tipo de referencia constituido por la media aritmética de los tipos preferenciales a un año de determinados bancos (distintos del acreedor) a pesar de que el período de interés al que se va a ir aplicando sea de seis meses, por entender que su variabilidad se ha previsto de un modo objetivo (aparte de los argumentos ya referidos de la exclusión de la calificación registral de las condiciones abusivas de crédito). El aspecto más discutible de la argumentación jurisprudencial lo constituye la afirmación de que “la autonomía de la voluntad no puede ser limitada por disposiciones de rango inferior a la Ley, y menos por simples recomendaciones oficiales” (párr. 3.º Resolución 16-2-90), lo que es tanto como decir que desde un plano registral civil poco importan las Ordenes del Ministerio de Economía y las Circulares del Banco de España, cuando se podría haber llegado a la misma conclusión precisamente afirmando tal obligatoriedad, pues no cabe olvidar que tales Ordenes parten de un principio de libertad de fijación de tipos de interés y comisiones (OMEH 12-12-89).

4.º *Las cláusulas de variabilidad de intereses constituyen hipotecas de máximo.*—Ya la RDGRN de 20-5-87 al diferenciar dentro de la cobertura hipotecaria

los intereses ordinarios y los de demora consideró que éstos, para estar incluidos y gozar de protección hipotecaria, deberán establecerse de forma diferenciada, con señalamiento de un tope máximo de garantía y con las demás exigencias requeridas por la Ley para las hipotecas de seguridad (sistema de liquidación del débito, posibilidad de impugnación, duración, etc.).

Pues bien, la Resolución de 16-2-90 considera igualmente que la cobertura hipotecaria de los intereses ordinarios sujetas a cláusula de variabilidad constituyen HIPOTECAS DE MAXIMO, y en consecuencia:

a) Debe cumplirse el principio de especialidad o determinación, estableciendo un tipo de interés inicial, una cláusula objetiva de variabilidad (como hemos visto) y una cifra máxima de responsabilidad.

b) Esta cifra máxima, como ha reiterado la jurisprudencia registral, debe estar diferenciada del tope máximo por intereses de demora, sin poder englobarse en una cifra única (ídem RR 20-5-87 y 23-10-87).

c) Aunque normalmente la DGRN no se pronuncia sobre el carácter del defecto, expresamente califica de subsanable la no determinación de una cifra máxima de responsabilidad (RDGRN de 26-10-84).

En definitiva, como señala esta última Resolución citada, aunque en el préstamo hipotecario la garantía por principal se desenvuelve como una hipoteca ordinaria o de tráfico, en cambio respecto de la cláusula de fluctuación de interés se está ante una hipoteca de seguridad, con la necesaria determinación de una cifra máxima de responsabilidad.

5.º *Exigen un sistema de liquidación propio de las hipotecas de seguridad.*—En efecto, si las cláusulas de variabilidad de intereses, como hemos visto, son hipotecas de seguridad o de máximo, deberán cumplir lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria y 245 de su Reglamento si se pacta que en el procedimiento judicial sumario el saldo resultante se determinará por referencia a los libros de contabilidad de los acreedores, como ocurría en la cláusula arriba recogida por la RDGRN de 16-2-90.

Esto es, si se pacta que el saldo exigible se determinará por una certificación bancaria de la entidad acreedora, será preciso que se consignen en la escritura los cuatro últimos párrafos del artículo 153 de la Ley, tal como exige el 245 del RH, es decir, la OPOSICION DEL DEUDOR AL SALDO.

En efecto, la posibilidad del deudor de oponer error o falsedad al saldo es considerado como requisito imperativo del procedimiento judicial sumario, cuyos trámites no cabe olvidar que son de derecho necesario (art. 129, párr. 1.º LH).

Caso de haberse pactado la fijación unilateral del saldo por intereses, en virtud de certificación bancaria, no sería inscribible el pacto de ejecución por el procedimiento judicial sumario (art. 245 RH).

Tampoco en el procedimiento ejecutivo normal previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil podría pactarse la posibilidad de determinación del saldo por certificación bancaria si no se prevé la oposición del deudor, pues el artículo 245 RH no se refiere expresamente a ningún procedimiento en especial, debiendo entenderse —como así lo hace la DGRN en el supuesto que estudiamos, en cuya escritura se remitían al art. 1.435 LEC— que tampoco en este caso sería inscribible el pacto de ejecución.

En consecuencia, cabría diferenciar dos supuestos:

a) Que nada se haya estipulado respecto a la determinación del saldo.

En este caso nada impide la inscripción, pues como dice el párrafo 6.º de la Resolución de 16-2-90, siempre cabría acudir al procedimiento judicial sumario acompañando los documentos exigidos por el artículo 131, párrafo 3, inciso 4, de la LH, esto es, los documentos que permitan determinar con exactitud, ya sea directamente, ya mediante una sencilla operación aritmética, el tipo de interés concertado (por ejemplo, la certificación de un organismo oficial o la publicación en el *BOE* del tipo medio de referencia a que se refiere la Resolución de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera de 20-6-86).

b) Que se haya estipulado la fijación por certificación de la entidad acreedora.

En este caso no cabría ejercitar el procedimiento judicial sumario si no se hubiera cumplido lo dispuesto en el artículo 245 RH por remisión al artículo 153 LH, esto es, la posibilidad del deudor de alegar error o falsedad (deberán copiarse literalmente los cuatro últimos párrafos del art. 153 de la LH o remitirse a ellos). Sin este requisito no podría inscribirse la escritura, a menos que existiera conformidad del interesado a inscribir la hipoteca sin el pacto sobre el procedimiento judicial sumario (art. 434 RH).

c) Cabe también la posibilidad de que el saldo se determine en función del sistema de doble libreta que respecto a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes determina el artículo 153 LH, regulándose en tal caso la oposición del deudor por lo dispuesto en el artículo 132 LH, aunque esta fórmula es poco frecuente en la práctica.

En conclusión, al ser las cláusulas de variabilidad de intereses una hipoteca de máximo, el título ejecutivo no será sólo la escritura, sino que precisa la determinación fehaciente y con posibilidad de oposición del saldo exigible.

6.º *No cabe distinguir entre partes y terceros a efectos de cobertura hipotecaria.*—Consecuencia también de su carácter de hipoteca de seguridad es que "a efectos de responsabilidad hipotecaria no cabe diferenciar entre partes y terceros".

La Ley exige, en efecto, la DETERMINACION DEL ALCANCE DEL DERECHO REAL CONSTITUIDO, lo cual se consigue mediante:

a) La fijación de un tanto por ciento máximo respecto del cual no puede exceder la variación de los intereses.

b) O mediante la fijación de una cifra máxima de responsabilidad por intereses.

Pero en ambos casos tal determinación opera no sólo frente a terceros, sino entre partes; esto es, la cobertura hipotecaria sólo abarca el límite máximo establecido. Así no podría reclamarse al deudor, aunque la finca no hubiese pasado a tercer poseedor, sino el importe de la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria por intereses, al menos a través del procedimiento judicial sumario.

Esto no cabe confundirlo con lo establecido en los artículos 114 y 146 de la LH, que establecen un límite máximo de reclamación frente a terceros de cinco años, pero permiten reclamar los intereses vencidos de anualidades posteriores si no existe tercero interesado. En efecto, no cabe confundir:

a) La limitación por razón de plazo. En este caso los intereses pueden ser reclamados aunque se exceda del límite, siempre que no existan terceros perjudicados.

b) La limitación por razón de variabilidad. En este caso, al ser la cifra máxima de responsabilidad por intereses variables una manifestación de su carácter

de hipotecas de máximo, no cabe excederse de tal límite ni frente a terceros ni frente al deudor. Así la RDGRN de 16-2-90 dice que “esta determinación delimita el alcance del derecho real constituido a todos los efectos favorables o adversos, ya en las relaciones con terceros, ya en las relaciones entre el acreedor y deudor hipotecario”.

7.º *Causas de vencimiento anticipado.*—La RDGRN de 16-3-90 se plantea otro aspecto de interés de las hipotecas, que es el del vencimiento anticipado, reiterando la posibilidad de que se pacten: *a)* no sólo por impago a su vencimiento de las amortizaciones de capital o intereses; *b)* sino también por falta de pago de tributos o gastos —entre los que se incluyen las cuotas de gastos de comunidad— que tengan preferencia al propio crédito hipotecario.

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

**FACULTADES DISPOSITIVAS DEL ALBACEA TESTAMENTARIO (RESOLUCIÓN DE 26 DE ENERO DE 1990)**

I. Hechos.—El 23 de febrero de 1987, ante el Notario de Sevilla don Francisco Javier Alonso-Morgado Díaz, se otorgó escritura pública por la que Sor Rosario Zamudio Sánchez, albacea testamentaria de don Antonio González de la Rasilla Álvarez, vendía una finca y una parte indivisa de otra a don Francisco Mazuelos González de la Rasilla.

II. Presentado el precedente documento en el Registro de la Propiedad de Morón de la Frontera fue calificada con nota del siguiente tenor literal: “Examinado el precedente documento, presentado al Diario 112, asiento número 1.577, y que retirado el día 26 de febrero ha sido devuelto a este Registro en el día de hoy, se deniega la inscripción solicitada por apreciarse los siguientes defectos: 1.º Del texto de la escritura resulta que el comprador no ha entrado en posesión de los bienes, por lo que no ha surgido aún derecho real susceptible de inscripción (arts. 609, 1.095 y 1.462 CC, y arts. 1 y 2 LH). 2.º Faltar la intervención de la heredera instituida en la venta concertada por la albacea, en razón a las especiales condiciones en que la misma se celebra (art. 903 CC). 3.º Carecer el albacea de facultades para enajenar unos bienes que reconoce haber sido adjudicados en un cuaderno particional anterior y que por consiguiente han dejado de pertenecer al patrimonio relicto (arts. 901, 902, 903 y 911 CC). Dato éste que en cuanto a la finca señalada con la letra A queda corroborado del examen del documento presentado con el número 90 del Diario 113 el día 17 del mes de marzo corriente. 4.º No haberse distribuido el precio aplazado entre las dos fincas vendidas (art. 11 LH). 5.º No expresarse los linderos de la finca señalada con la letra B (art. 9, núm. 1, LH). 6.º No acreditarse en debida forma la identidad de la firma, el desempeño del cargo ni las facultades representativas de la reverenda madre Mariana Romero Romero, signataria de los documentos de prórroga de albaceazgo, así como tampoco las necesarias menciones que acrediten la personalidad de la Congregación representada, lo que impide apreciar la capacidad del heredero concedente de la prórroga y, en consecuencia, la realidad de ésta (art. 18 LH). Los defectos señalados bajo los ordinales 1.º, 2.º y 3.º se estiman insubsanables, siendo subsanables los restantes.—Morón de la Frontera, 21 de abril de 1987.—El Registrador.— Firma ilegible.

III. Don Manuel Gutiérrez de Rueda y García, en la representación antes aludida, interpuso recurso gubernativo únicamente contra los tres primeros defectos de la nota y alegó, en relación con el primero de ellos, que deducir del contenido de la escritura —como hace el Registrador— que no se entrega ni la posesión civil ni la inmediata es pura conjetura, pues cuando en el dispositivo tercero se dice que “si el comprador” no pudiera tomar posesión de la finca, por cualquier causa, no podrá exigirse responsabilidad alguna al albaceazgo ni a la heredera universal, lo único que hacen las partes intervinientes en dicho dispositivo es, presuponiendo el nacimiento del derecho real, formular un pacto de exoneración de responsabilidad en el caso de evicción o vicios ocultos (arts. 609, 1.095, 1.462, 1.474, 1.475 y 1.481); y que, aunque no hubiese nacido el derecho real, podría haberse inscrito sujeto a condición suspensiva. En relación con el segundo defecto, expuso que no habiéndose indicado en qué párrafo del artículo 903 se basa, lo entiende referido al párrafo segundo, respecto al cual la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado es que las facultades de los albaceas son de interpretación estricta, pero no puede haber restricción donde no se ha puesto limitación por el testador; lo cual, unido al hecho de que el testador autorizó al albacea a vender con amplias facultades, lleva a la conclusión de que en el caso presente es el que, según se dice en el propio documento de venta, el precio va destinado al ejercicio de acciones judiciales (dirigidas contra el que fue administrador del difunto y que aparece como adjudicatario de todas las fincas del mismo en virtud de un cuaderno particional cuya ineficacia se pretende), se trata de algo para lo que el albacea no necesita autorización de los herederos. Respecto al defecto tercero, indicó que el albacea ha vendido porque la única heredera universal le ha prorrogado el albaceazgo en vista de la mala fe de los otros albaceas solidarios, quienes por actuar dolosamente no han ejecutado correctamente la voluntad del causante, siendo el acatamiento de esta voluntad la que preside la enajenación de las fincas en cuestión a fin de obtener el numerario suficiente para entablar las referidas acciones, a lo cual no obsta la existencia de un cuaderno particional adjudicando, y por tanto separando, del patrimonio relicto las fincas objeto de la presente compraventa, pues precisamente la denuncia de la falsedad de este cuaderno es la que ha provocado la celebración del referido contrato y que, en cualquier caso, la solidaridad establecida en el testamento para el albaceazgo es de carácter impropio y dará lugar a la nulidad del referido cuaderno particional al faltar el consentimiento de alguno de los albaceas.

IV. Solicitado informe al Notario autorizante, éste informó que la tradición, además de ser reminiscencia histórica propia de países carentes de un sistema de publicidad registral, y según la mayor parte de la doctrina, es un requisito que se suple por la inscripción, tratándose de la propiedad inscrita, aparecía cumplida en la transmisión otorgada ante él; que la salvedad relativa a la circunstancia de que no llegue a poseer el comprador se refiere únicamente al reconocimiento por parte del vendedor de la existencia de un poseedor, cuyo título se pone en duda por estar pendiente de instancias ante la jurisdicción penal y al que se califica de hecho compatible con la adquisición de la posesión civil que va a adquirir el comprador; que esta interpretación aparece confirmada por el artículo 35 de la Ley Hipotecaria; y que, aunque no se hubiese transmitido efectivamente el dominio, de la escritura resultaba, al menos, un *ius ad rem*, que, como la opción, cuyo carácter personal no se discute, merece protección registral, máxime rigiendo en nuestro ordenamiento el sistema de *numerus apertus*. Respecto al segundo defecto, amén de que por aplicación del artículo 1.259 del

Código Civil nunca podría ser insubsanable, todo depende de la voluntad del testador, la cual, tratándose de una Congregación Religiosa la heredera y considerándose su presumible dificultad para la explotación de la Empresa Agrícola en que consistía la finca objeto de la enajenación, debe interpretarse en el sentido, vertido en la escritura, de capacidad del albacea para vender sin autorización del heredero. Finalmente, en relación con el tercer defecto, expresó únicamente que si la escritura ha tenido ingreso en el Registro antes que un documento particional que en la misma escritura se califica de “privado”, el contenido de éste parece que no sólo ha vinculado lo legalmente hecho —la escritura—, sino que sería muy dudoso que pueda traerse a colación —*prior tempore*— por el funcionario calificador.

V. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, en la que corregía un error material, alegó, en relación con el primer defecto que mantenía la no inscribibilidad porque del texto de la escritura no sólo no resulta la entrega de la cosa —requisito imprescindible para que nazca el derecho real, cfr. arts. 609 y 1.095 CC, y 1 y 2 LH—, sino, antes al contrario, el que ésta no ha llegado a producirse con el corolario de no surgir ningún derecho real alguno susceptible de producir la inscripción solicitada, pues no otra cosa puede querer decirse con la previsión inserta en la escritura para el caso de imposibilidad de toma de posesión, lo cual debe relacionarse con las declaraciones que el albacea vendedor vierte en la propia escritura en el sentido de que las fincas que se venden resultarían previamente adjudicadas a un tercero por virtud de un cuaderno particional privado (y es entonces cuando se comprende que no pueda darse la posesión de aquello que no se posee); y que tampoco cabe la inscripción del derecho sujeto a condición suspensiva porque como dijo el Tribunal Supremo (S. 5 diciembre 1953), “las condiciones, suspensivas o resolutorias como elementos accidentales y sobreañadidos a una obligación, deben consignarse en forma expresa. Respecto al defecto segundo, alegó que lo mantiene porque aunque la doctrina moderna exige únicamente la intervención de los herederos en la venta de inmuebles por el albacea cuando se trata de herederos forzosos, y no es éste el caso, la autorización resulta de que la facultad genérica de vender inmuebles es únicamente para ejecutar las previsiones testamentarias, lo cual, evidentemente, se ve desbordado por la presente escritura, en la que el precio se aplaza en su mayor cuantía, se estipula una dispensa de intereses en cuanto al primer plazo, se da carta de pago por unos talones bancarios sin reserva de su buen fin y todo ello tratándose de un caso de heredera única, con lo que la conveniencia de la venta de bienes no se alcanza a descubrir; y que calificaba este defecto de insubsanable, a pesar de que la ratificación por la heredera instituida, conociendo los demás requisitos legales (téngase en cuenta que los aplazamientos contenidos alcanzan un periodo de cuatro años, plazo mucho mayor que el que el propio albacea reconoce como de vigencia de su cargo), pudiera suponer aparentemente su subsanación, ello estaría contradicho por la declaración contenida en la escritura de figurar las fincas que se venden previamente adjudicadas a un tercero, manifestación que impediría aplicar la presunción de legitimación contenida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, única posible vía de entrada al Registro del ejercicio de aquellas facultades emanantes de una aparente titularidad registral no concorde con la realidad extraregistral. En cuanto al tercer y último defecto recurrido, adujo, primero, que al establecer el testador que los albaceas eran nombrados “indistintamente para que puedan actuar por sí solos”, ello implica que cualquiera está obligado a pasar por lo que hagan los demás; y, segundo, que al realizarse el cuaderno particional que se dice impugnado por los albaceas, se

extingue el albaceazgo, por lo que la posible prórroga, de admitirse, sería únicamente para desenvolver las acciones de impugnación, sin que pueda deducirse su posible extensión a la de enajenar desde ya los bienes objeto del cuaderno particional, cuya nulidad se invoca y pretende; y que, por lo anterior, mientras no se declare por los Tribunales de Justicia la ineficacia del cuaderno, el albacea carece de facultades para vender bienes que ya no pertenecen al caudal relicto, pudiendo obtener la protección registral mediante la anotación de demanda del proceso o bien mediante la prórroga de asientos admitida por el artículo 432.1.º del Reglamento Hipotecario.

VI. El Presidente de la Audiencia Territorial de Sevilla dictó acuerdo y confirmó la nota del Registrador basándose en motivos análogos a los que este funcionario había vertido en el informe de defensa de aquélla.

VII. Don Manuel Gutiérrez de Ruda y García se alzó de la decisión del Presidente de la Audiencia apelando ante la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante escrito en el que, insistiendo en la misma línea argumental del escrito de interposición del recurso, pedía se revocara el citado Acuerdo y la nota de calificación correspondiente y se procediera a inscribir la escritura de compraventa presentada a despacho y que originó este recurso.

*Fundamentos de derecho.*—Vistos los artículos 901, 902 y 903 del Código Civil; 18, 19 y 66 de la Ley Hipotecaria; 97, 111, 114, 126, 432 y 434 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias de 5 de julio de 1947 y 1 de julio de 1985, y las Resoluciones de 28 de noviembre de 1905, 29 de marzo de 1915, 10 de agosto de 1940 y 8 de mayo de 1943.

1. Deben enjuiciarse antes las cuestiones que plantea el tercer defecto de la nota de calificación, pues la decisión de estas cuestiones determina la improcedencia de tratar en este recurso las cuestiones que plantea el primer defecto de la nota (si en el presente supuesto el otorgamiento de la escritura equivale a la tradición: cfr. arts. 1.462 y 1.464 CC). En opinión del Registrador y conforme expresa el defecto tercero, carece la "albacea de facultades para enajenar unos bienes que reconoce haber sido adjudicados en un cuaderno particional anterior". Es cierto que la albacea —nombrada en el testamento con otras dos personas con facultades que cada una de ellas puede ejercitar indistintamente en la escritura de venta presentada, otorgada por ella en ejercicio del poder que ostenta, admite la existencia de un cuaderno particional privado en el que las fincas que ella vende ya están adjudicadas a otra persona (aunque no se expresa por dicha albacea el concepto en que fueron adjudicadas). Pero es cierto también que afirma que la autenticidad y veracidad de ese cuaderno particional es objeto de acciones judiciales. Resulta, pues, de las mismas manifestaciones de la albacea, que no se sabe si está o no vigente el poder de disposición que ella ejerce o si está ya agotado por haberse ejercitado debidamente por otro de los albaceas solidarios. El principio de legalidad —garantía de la eficacia de los asientos— exige con rigor que sean inscritos no sólo los negocios que por lo que resulta de los documentos presentados y del propio Registro, sean ciertos y válidos. Si en el título básico el mismo otorgante pone en duda su propio poder y, por tanto, la validez de la venta, no puede procederse a la inscripción mientras estas dudas no quedan dilucidadas. Ahora bien, al no tenerse en el Registro conocimiento directo de la adjudicación anterior, no puede decidirse si el obstáculo existe o no y cuál es su carácter, por lo que es más adecuado aplicar al defecto el régimen de los defectos subsanables a fin de que en el plazo correspondiente pueda bien veri-

ficarse la subsanación, bien pedir anotación preventiva, bien interponerse demanda ante los Tribunales de Justicia para que se declare la validez de la venta.

2. En el segundo defecto de la nota se acusa que en la venta "falta la intervención de la heredera instituida", dadas "las especiales condiciones" en que la venta "se celebra" (art. 903 CC). La nota, que en este punto adolece de imprecisión, se apoya, según el informe del Registrador, en que el albacea, en la venta, como en todos los actos que acometa, "ha de ceñirse estrictamente a su función, que no es otra que la ejecución del testamento", y en la escritura de venta "tal cometido o función aparece ampliamente rebasado". Limitándonos a la cuestión planteada —y no a las que pueda plantear la prórroga del albaceazgo, que quedan fuera del recurso—, ha de partirse de que la albacea fue nombrada según el testamento "con las más amplias facultades, incluso la de vender inmuebles y cualesquiera otros bienes". De acuerdo con el artículo 901 del Código Civil y no habiendo legitimarios, los poderes para enajenar han de enjuiciarse por lo previsto en el testamento y no por lo previsto en el artículo 903. No se excluye que en el caso pudiera haber abuso o desviación; pero ni es el Registrador a quien tiene que rendir cuenta la albacea, ni se puede, en la calificación registral afirmar, por los documentos presentados, que exista tal abuso, en términos oponible incluso al comprador mismo, cuando además de los antecedentes se desprende que las atenciones a que ha de hacer frente el albacea puede que no se limiten, en este caso, a los gastos funerarios.

Esta Dirección General ha acordado revocar parcialmente la nota y autos apelados:

- 1.º No hacer pronunciamiento en cuanto al primer defecto de la nota.
- 2.º Revocar el segundo defecto.
- 3.º Confirmar el defecto tercero, pero estimando que es subsanable.

Lo que, con devolución del expediente original comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 25 de enero de 1990.—El Director general, *José Cándido Paz-Ares Rodríguez*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

*Comentario.*—Tres son los posibles defectos que se plantean en el presente recurso, si bien la Dirección General sólo trata propiamente de dos de ellos, estimando en relación con el primer defecto que "la decisión de estas cuestiones —las planteadas por el tercer defecto— determina la improcedencia de tratar en este recurso las cuestiones que plantea el primer defecto de la nota", con lo que la cuestión de la falta o no de tradición queda embebida en la existencia o no de facultades traslativas por parte del vendedor que se deriva del título, pero estos defectos serán tratados más adelante; por ser independiente de ellos, pasamos a considerar el segundo defecto de la nota que se refiere a "faltar la intervención de los herederos instituidos en la venta concertada por el albacea en razón a las especiales condiciones en que la misma se celebra (art. 903 CC)".

*Naturaleza del albaceazgo.*—La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tendido a equiparar la figura del albaceazgo a la del mandato, si bien reconociéndole sus peculiares características, entre las que destaca el que va a producir efectos a la muerte del causante, así como el tratarse de una institución fundamentada

en un acto unilateral de éste que va a dar contenido al ámbito de sus funciones junto con la regulación legal, lo que hace fundamental en el momento de ejercicio de dichas funciones la interpretación del propio testamento realizado por el propio albacea basada en la propia naturaleza de su función ejecutora de la voluntad del testador, sin necesidad de que ésta facultad interpretadora le haya sido expresamente conferida. La jurisprudencia registral, por su parte, no ha entrado de lleno en la cuestión de esta naturaleza interpretando en cada supuesto si el albacea tiene o no facultades según lo establecido por el testador y las limitaciones legales en su caso (así Resolución 22 julio 1939: "Considerando que el testamento que regula la sucesión objeto de este recurso constituye a favor de los albaceas una función de representación del caudal a los fines de enajenación y pago de deudas que tal testamento invoca". Resolución 28 julio 1932: "Considerando que en esta materia de facultades de los albaceas rige el principio de que éstos tienen todas las que expresamente quieren conferirles los testadores". Resolución 10 agosto 1940: "Cualquiera que sea la verdadera naturaleza jurídica del albaceazgo, las facultades testamentarias de los albaceas, fundadas principalmente en el legítimo deseo de los causantes de asegurar la fiel ejecución de su última voluntad, están subordinadas en nuestra legislación al arbitrio del testador que no esté opuesto a las normas legales").

*Interpretación del testamento.*—La dicha interpretación testamentaria que el albacea realiza resulta de lo apuntado, que se encuentra con dos límites: la Ley y el propio testamento; la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo afirma así repetidamente. En el ámbito de la jurisprudencia registral el control de la interpretación de la voluntad testamentaria se aproxima a la interpretación de los poderes para reconocer si la actuación del albacea había sido o no correcta a la luz de esa voluntad; la calificación registral de esa función del albacea conlleva así un previo juicio interpretativo de la voluntad testamentaria para hacer pasar aquella actuación por el tamiz del testamento, que es —con las limitaciones que la Ley impone— la propia Ley de la sucesión; así, y en materia de enajenación de inmuebles por los albaceas, se puede ver interpretada jurisprudencialmente esa voluntad testamentaria, confirmándola en múltiples Resoluciones como las de 11 de diciembre de 1929 ó 6 de diciembre de 1906 y revocándola en otras como la de 14 de octubre de 1916.

Así, si el albaceazgo se aproxima al mandato y la interposición testamentaria a la interpretación de los poderes, no es menos cierto que en sede de la actuación de los albaceas y desde el momento en que se trata de una función que se ejerce en el ámbito de la ejecución testamentaria las dificultades de interpretación van más allá de las que se plantean al interpretar un poder puro y simple; y por ello la nota calificadora en el presente recurso se refiere a la necesidad de intervención del heredero interpretando una extralimitación en el ejercicio de las facultades testamentarias de enajenación por el albacea "en atención a las especiales condiciones en que se realiza la venta". Sin duda son también esas dificultades de interpretación las que han llevado tradicionalmente a la Dirección General a no entrar en más consideraciones si la facultad de enajenación de bienes concedida por el testador está conferida en términos absolutos, siguiendo la pauta marcada por la Resolución de 28 de noviembre de 1905.

En esa línea, en el presente supuesto se dice en la Resolución que "no se excluye que en el caso pudiera haber abuso o desviación", si bien se llega también a la solución final adoptada por una vía interpretativa de los documentos presentados a la luz de las funciones de ejecución testamentaria ("cuando además

de los antecedentes se desprende que las atenciones a que ha de hacer frente el albacea puede que no se limiten en este caso a los gastos funerarios"); ahora bien, la referencia a que no es el Registrador a quien debe rendir cuentas el albacea vuelve al punto de partida, de forma que salvo que la actuación implicara una vulneración obvia y flagrante de la actuación dentro del ámbito de la ejecución testamentaria —nos parece—, el Registrador debe interpretar la facultad de enajenar conferida por el testador en el más amplio sentido, sin que pueda entrar a calificar una limitación de sus facultades fundada en la propia naturaleza ejecutora de su función fuera de las limitaciones que pueden resultar del propio testamento.

*Enajenación de bienes por los albaceas.*—Sólo procede aquí constatar que es hoy una postura doctrinal y jurisprudencialmente seguida en general y que se recoge en el informe del Registrador y en la misma Resolución el que no es necesaria la intervención de los herederos no legitimarios cuando se concede por el testador la facultad de vender; así se recogió en la Resolución de 8 de mayo de 1943 y apoyando MANRESA y SÁNCHEZ ROMÁN esta interpretación en que el artículo 903 que establece la necesidad de la intervención de los herederos sólo es aplicable cuando pertenecen al albacea las facultades legales a falta de otorgamiento de facultades por el testador; y ALBALADEJO —que cita a los anteriores— se pregunta en apoyo de igual tesis que “¿para qué sirve que el testador conceda facultad de vender si aunque no la conceda la tiene el albacea como legal, y aunque proceda la concesión hace falta, como en la legal, que intervengan los herederos en la venta?” Lo que ocurre es que en el presente caso, como ya se ha dicho, el Registrador considera que la enajenación se lleva cabo fuera del ámbito de la ejecución de las previsiones testamentarias y la Dirección General no comparte esta interpretación —o no considera necesario entrar de lleno en ella en los términos antes señalados.

*Los defectos primero y tercero.*—El entrelazamiento entre ambos defectos se desprende del propio informe del Registrador y es acentuado por el Centro Directivo, que, como en otras ocasiones, considera que la solución a algún defecto invocado incorpora ya la que corresponde a algún otro dentro del mismo recurso; en este supuesto las dudas sobre la validez de la venta afectan a las dudas sobre la tradición del artículo 1.462 del Código Civil.

*La solución al tercer defecto.*—Las facultades dispositivas conferidas al albacea y la propia posesión civilísima de los bienes hereditarios que le corresponde según la doctrina conforme al artículo 440 del Código Civil tienen un límite temporal en la salida de los bienes de la masa hereditaria; de los términos del propio documento el Registrador deduce que esas facultades se han extinguido al existir otro documento anterior en el que otro albacea con facultades ha llevado a cabo la enajenación de los bienes en cuestión; el Centro Directivo matiza considerando subsanable el defecto al apuntarse la posibilidad de la invalidez de esa previa enajenación; en definitiva, las facultades dispositivas del albacea y su legitimación para disponer de los bienes están puestos en duda en el propio documento, con lo que la Dirección General opta por la suspensión que pueda salvar en su día la prioridad del asiento de presentación practicado si la venta cuya validez no resulta claramente del propio documento es finalmente válida; como sólo deben inscribirse los “negocios ciertos y válidos”, y en el título básico se pone en duda la “validez de la venta”, es necesario antes despejar las dudas sobre esa validez; el Centro Directivo se refiere aquí a los títulos “¿Qué

supone entonces la calificación del modo o tradición en el supuesto presentado si la solución a la cuestión de la 'certeza' y 'validez' del 'negocio' encierra la referida a las dudas sobre la tradición?"

*La posición del Registrador.*—El mismo documento afirma que la transferencia de posesión en sentido material no se ha producido. La tradición entendida como traslado material en favor del adquirente presupone desde el punto de vista tradicional la previa posesión del *tradens*, y en este caso del propio documento se desprende esa ausencia de tradición. Si la calificación debe afectar a pesar del artículo 2 de la Ley Hipotecaria que habla de "títulos" y de "actos y contratos" al total *iter* traslativo conforme al artículo 609 del Código Civil, la falta de tradición está sujeta a calificación, pues estamos ante una de las excepciones del artículo 1.462.2.º del Código Civil, en el sentido de que resulta del propio documento el que la entrega de la cosa no se ha producido. La posesión es entendida, pues, como transferencia material, entrada en posesión de los bienes por el comprador que queda desvirtuada en este caso por el propio documento.

*El defecto primero queda tratado con la solución dada al tercer defecto.*—El Centro Directivo obvia la solución a esta posible falta de tradición; la misma vendrá o no incorporada a la validez del negocio dispositivo; ello puede responder a varias lecturas:

1.<sup>a</sup> El título como presupuesto de la tradición. En nuestro Derecho el *iter* traslativo presupone la tradición o entrega de la casa, pero ésta, a su vez, implica necesariamente como presupuesto previo un negocio válido; si ese presupuesto no se da puede hablarse de tradición con efectos traslativos.

2.<sup>a</sup> La tradición como incorporada al propio título inscribible entendido el artículo 1.462.2.º del Código como un supuesto de la tradición instrumental o ficticia que es ajena al hecho de la posesión y que hará equivaler los conceptos de otorgamiento de escritura y tradición salvo que el efecto traslativo que necesariamente se produce del título causa y de la plasmación de éste en el título documento resulte o se deduzca de los propios términos de la escritura, que no ha tenido lugar de forma que una posposición de la entrada en la posesión de la cosa transmitida no sería relevante para calificar si ha habido o no tradición, mientras que sí lo sería una falta de voluntad de acuerdo traslativo o la puesta en duda —que es lo que aquí ocurre más allá de una posible falta de posesión real por el adquirente— de la eficacia traslativa del negocio, que resulta del propio documento calificado.

La tradición como ajena a la calificación registral sobre la base de que el Registro es un registro de títulos en sentido material y la tradición no es tenida en cuenta por la Ley Hipotecaria como elemento a calificar —posición de SANZ—, no parece ser el fundamento de la posición del Centro Directivo desde el momento en que se refiere a la improcedencia de tratar las cuestiones que plantea el defecto en este recurso sin pronunciarse sobre el mismo sobre la base de la solución dada al tercero.

Pero es cierto también que las dos alternativas expuestas antes implican necesariamente una misma visión de la tradición por el Centro Directivo; si la falta de entrega posesoria resultante del propio documento no es defecto independiente de falta de tradición, es que nos acercamos a un concepto distinto de tradición identificado con el simple otorgamiento de la escritura de la que la contradicción a que se refiere el propio artículo 1.462 del Código Civil no es que

la cosa no se haya entregado, sino que la finalidad traslativa no se haya cumplido; y eso puede ocurrir porque la propia validez del título está puesta en duda con lo que el título como presupuesto impedirá el efecto traslativo que en otro caso el otorgamiento documental produciría y, también, porque existiría una contradicción en el propio título reconocida por las propias partes de los normales efectos traslativos del otorgamiento de la escritura y que implicaría esa negación del efecto traslativo de la tradición a que se refieren los supuestos del número 2 del artículo 1.462 del Código Civil.

La cuestión de la tradición, sin salir de la órbita calificadora, se simboliza o instrumentaliza así, desgajándose de la órbita del hecho posesorio, y sólo tendría trascendencia como elemento independiente del acto causal si presuponiendo la validez de éste las partes quisieran conferir al otorgamiento del documento un efecto que no fuera traslativo.

*Resumen.*—En resumen, la posición del Centro Directivo en relación a los defectos comentados puede sintetizarse como sigue:

La concesión al albacea de facultades generales para enajenar no implica que pueda entrar en la calificación si los mismos se han ejercitado en el ámbito propio de la actuación del albacea, esto es, de la ejecución testamentaria, continuando en la línea que inició la Resolución de 28 de noviembre de 1905 en un supuesto de albacea facultado para vender bienes de la herencia sin limitaciones.

En cuanto a la posible falta de poder dispositivo del albacea derivada de la posible previa enajenación de la finca vendida en documento privado y que afecta al propio principio de legitimación (ver Resolución 19-9-1989), el Centro Directivo, dados los términos de duda en que está referida la posible validez de la dicha previa venta opta por la suspensión.

Finalmente, y aunque no entra la Dirección General en el posible defecto de falta de tradición, eso no implica que la tradición quede fuera de la calificación, sino más bien que se adopta un concepto de tradición desgajada del hecho posesorio más acorde con la última jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina más reciente que frente al punto de vista tradicional que exige la posesión en el transmitente y admite la desvirtuación de la presunción del artículo 1.462.2.º del Código Civil por datos ajenos al propio documento, tiende a identificar instrumento público y tradición, de manera que esa identificación quedará desvirtuada si del contenido del propio instrumento resulta que la transmisión del dominio o la constitución del derecho real no se ha producido o es puesta en duda, porque las partes excluyen dicho efecto traslativo o, aún más allá, porque esa falta de afecto traslativo está ínsita en los defectos del propio título material en que se funda la transmisión.

JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ



### III. Sentencias del Tribunal Supremo

#### 1. DERECHO CIVIL

##### B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

*SOLIDARIDAD ENTRE LOS AGENTES DEL ACTO ILICITO.* (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1989.)

*Doctrina de la Sentencia.*—Es doctrina de esta Sala la de que la solidaridad surgida entre los agentes a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo con pluralidad de sujetos y la posibilidad subsiguiente de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos como deudor por entero de la obligación de reparar el daño causado, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.144 del Código Civil, descarta toda posibilidad de apreciar una situación de litisconsorcio pasivo necesario en el ámbito de la culpa extracontractual (Sentencias de 28 de mayo de 1982 y 28 de enero de 1986, entre otras).

*EL ARQUITECTO NO PUEDE DISCULPARSE ALEGANDO QUE SE HA DOBLGADO A LA VOLUNTAD DEL PROPIETARIO.* (SENTENCIA DE 3 DE ENERO DE 1990.)

*Doctrina de la Sentencia.*—La exclusión de responsabilidad del Arquitecto sólo puede producirse en el supuesto de que en su alta misión directiva no concurriera culpa o negligencia profesional, lo que sólo podría acogerse en el caso de que el mandato de paralización de las obras se hubiera producido sin abdicación alguna de aquellos principios de su *lex artis* que afectan a su proyecto y a la dirección y realización del mismo, respecto, fundamentalmente, a la solidez y adecuación de las estructuras al encargo recibido y finalidad del mismo, pues que tal extremo afecta a lo más sustancial de su profesión en relación con la seguridad de la obra, de suerte que en caso contrario no puede disculparse por haberse doblegado a la voluntad de la propietaria, en lugar de haber impuesto su criterio profesional más acertado, ya que ello implica culpa o negligencia grave.

El artículo 1.591 del Código Civil no requiere para la declaración de ruina que la obra esté terminada.

**LA FACULTAD DE LOS CONYUGES DE DEFENDER LOS BIENES COMUNES NO SIGNIFICA QUE HAYAN DE SOPORTAR CON EXCLUSIVIDAD UNA ACCION QUE DEBIO DIRIGIRSE CONTRA LOS DOS.** (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1990.)

*Doctrina de la Sentencia.*—La facultad que el párrafo segundo del artículo 1.385 del Código Civil concede a cualquiera de los cónyuges para defender los bienes y derechos comunes no significa nada más que cualquiera de ellos está legitimado para hacer dicha defensa, pero no que pasivamente haya de soportar con exclusividad el ejercicio de una acción que, por afectar a ambos, debió ser dirigida contra los dos, del mismo modo que la reiterada doctrina de esta Sala, de la que, aunque con no muy afortunada redacción, el citado precepto es trasunto legislativo que proclama que, en el régimen general de la comunidad de bienes o derechos, cualquiera de los comuneros está legitimado para accionar en beneficio de la comunidad, no significa, ni puede significar, en manera alguna que las acciones de un tercero que sean susceptibles de afectar o perjudicar a toda la comunidad puedan ser ejercitadas indistintamente, a elección del mismo, contra cualquiera de los comuneros.

**EL DERECHO A UNA TUTELA EFECTIVA DE LOS TRIBUNALES COMPRENDE LA DE OBTENER UNA RESOLUCION FUNDADA EN DERECHO. LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO NO CREA UN DERECHO REAL DE GARANTIA SOBRE EL BIEN ANOTADO.** (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1990).

*Doctrina de la Sentencia.*—De acuerdo con reiteradas resoluciones del Tribunal Constitucional y la doctrina de esta Sala (Sentencias de 9 de octubre de 1987 y 23 de marzo de 1988, entre otras), el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones del actor, que podrá ser de inadmisión cuando el Juez lo acuerde en aplicación de una causa razonada; tal tutela se materializa a través del oportuno proceso y de las normas que regulan su tramitación hasta llegar a la decisión del órgano jurisdiccional sobre lo que haya sido objeto de la controversia, decisión que en el procedimiento civil necesariamente ha de ser favorable para una de las partes litigantes y desfavorable para la otra, por lo que sería absurdo decir que a la parte que no ha obtenido una resolución favorable a sus pretensiones se le ha negado la tutela efectiva que consagra su artículo 24 de la Constitución.

La legitimación *ad causam*, por su carácter sustantivo o material, relativa a la acción como derivada de un título jurídico, excede del ámbito de los artículos 24.1 de la Constitución y 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sancionadores del derecho a la pretensión jurisdiccional.

Es doctrina reiterada de esta Sala que la anotación preventiva de embargo practicada en virtud de mandamiento judicial tiene por finalidad principal el garantizar con los bienes en que aquélla se realiza las responsabilidades nacidas

del crédito que motivó el despacho del mandamiento garantizando las consecuencias del juicio, pero en manera alguna modifica esa anotación la naturaleza jurídica del crédito anotado, ni mucho menos se convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía aquel carácter, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido, en cuanto a los bienes anotados, sólo a los acreedores que tengan contra el mismo deudor otros créditos contraídos con posterioridad al anotado. La anotación preventiva de embargo no crea ni constituye un derecho real de garantía sobre el bien anotado, ya que “la traba de embargo, a diferencia de la hipoteca, no produce vinculación exclusiva del bien afecto al crédito que la determina” (Resolución de la Dirección General de los Registros de 6 de septiembre de 1988), por lo que no puede ser aplicada a ella la llamada subrogación judicial, que se origina, según un importante sector de la doctrina científica, en los casos de enajenación judicial de bienes gravados con hipoteca por el juego del artículo 131, reglas 8.<sup>a</sup>, 10 y 13, en relación con el párrafo 2 del artículo 133, ambos de la Ley Hipotecaria, ya que tal subrogación se fundamenta en el carácter real, ejercitable *erga omnes*, de la hipoteca, carácter real que no se da, según la citada doctrina legal, en la anotación preventiva de embargo; aceptar la subrogación del adquirente en venta judicial de un inmueble sobre el que se ha anotado preventivamente un embargo, en la posición total del deudor del crédito así garantizado, supondría convertir la anotación preventiva en un derecho real de hipoteca, sustituyendo la responsabilidad universal del deudor establecida en el artículo 1.911 del Código Civil por la garantía real o de cosa que supone la hipoteca.

**EL APARTADO 5 DEL ARTICULO 1.903 DEL CODIGO CIVIL ES UNA NORMA ANACRONICA. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1990).**

*Doctrina de la Sentencia.*—La responsabilidad derivada del artículo 1.903 es directa, en cuanto puede ser exigida contra el empresario o principal con base en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*; las responsabilidades del profesional negligente y de la Seguridad Social, de quien depende y por cuenta de quien actúa, es también solidaria, existiendo la posibilidad de ejercitar la acción directa contra cualquiera de los implicados o contra todos, lo que determina la inexistencia del litisconsorcio pasivo necesario. El contenido del apartado 5.º del artículo 1.903 del Código Civil, según es admitido por la generalidad de la doctrina, es una norma anacrónica ante la vigente legislación, que permite exigir responsabilidad al Estado o entidades públicas por toda lesión que sufran los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (art. 40.1 de la Ley RJA); principios que aparecen desarrollados en las Leyes de Expropiación Forzosa, en la reguladora de la Administración local y en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución española.

**NO ES INEXISTENTE UN CONTRATO DE SEGURO, AUNQUE NO CONSTE POR ESCRITO. (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1990.)**

*Doctrina de la Sentencia.*—En el campo general de la contratación es doctrina de esta Sala la de que a la hora de determinar si existe un contrato no puede partirse de la base de que el mismo solamente puede surgir al mundo de las

relaciones humanas por virtud de un documento escrito, sea público o privado, olvidando con ello el aspecto de la libertad de forma que en materia contractual sigue nuestro Código Civil, habiendo establecido la jurisprudencia que, de acuerdo con las normas de los artículos 1.278 y 1.279 del Código Civil, las del 1.280 no comportan la exigencia de formalidades *ad solemnitatem*, sino tan sólo *ad probationem*, de suerte que el Juzgador de instancia puede declarar la existencia de un contrato cuando reúna los requisitos del artículo 1.261 de dicho Cuerpo legal, sin que imperiosamente tenga que basarse en una constatación escrita.

Si del campo de la contratación general pasamos al concreto y mercantil del contrato de seguro, veremos cómo la doctrina jurisprudencial, ya con referencia a la regulación del mismo anterior a la vigente Ley de 1980, sentaba su carácter de contrato consensual, resaltando cómo nuestro Derecho positivo lo incluía dentro de los contratos aleatorios, de los cuales dice el artículo 1.790 que son aquellos en los que una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer, por lo que dicho contrato de seguro se perfecciona y nace a la vida del Derecho con fuerza vinculante para las partes contratantes por el simple concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir este contrato, o sea, sobre el desplazamiento de un riesgo, cuya obligación de indemnizar asume el asegurador, y sobre el pago del precio de tal desplazamiento.

A la misma conclusión habremos de llegar si examinamos la cuestión a la luz de la nueva normativa que supone la Ley del Contrato de Seguro 50/1980, de 8 de marzo, toda vez que si bien es cierto que en su artículo 5 dispone que tanto el contrato de seguro como sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito, también lo es que no cabe atribuir a tal precepto un carácter imperativo superior al del artículo 1.280 del Código Civil cuando enumera los actos y contratos que deberán constar en escritura pública, precepto que, como hemos visto, no implica la inexistencia de los contratos que no llenan tales formalidades, que la doctrina jurisprudencial reputa *ad probationem*, por lo que no dejan sin efecto el principio espiritualista de libertad de forma del artículo 1.278 del Código Civil, reforzándose tal conclusión no sólo por la posibilidad de que el párrafo 2 del artículo 6 de la aludida Ley de Contrato de Seguro concede que por acuerdo de las partes los efectos del seguro podrán retrotraerse al momento en que se presentó la solicitud o se formuló la proposición, lo que, como indica la doctrina científica, resulta incompatible con la solemnidad del contrato, sino también por la referencia que en el artículo 8 se hace a las divergencias entre el contenido de la póliza y las cláusulas acordadas, a las que se da implícitamente relevancia contractual.

**EL FIADOR SOLIDARIO ASUME LA DEUDA COMO PROPIA. (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1990.)**

*Doctrina de la Sentencia.*—Al asumir el fiador la solidaridad y renunciar al beneficio de excusión, aquél asumió la deuda como propia, quedando así obligado de idéntica manera que el deudor principal, pudiendo en consecuencia ser compelido por el acreedor en primer término y con independencia del afianzado, habida cuenta que la solidaridad pactada viene a eliminar el carácter de accesoriidad propio de la fianza normal. Las Sentencias, entre otras, de 19 de febrero de 1962 y 7 de febrero de 1963 declaran al efecto que en la fianza solidaria con

el deudor dicha modalidad de fianza tiene carácter autónomo y por tanto puede ejercitarse sin necesidad de excusión por el acreedor contra los fiadores.

**EL COMPRADOR DE UNA COSA NO ADQUIERE LA PROPIEDAD DE SUS FRUTOS HASTA QUE LE SEAN ENTREGADOS.** (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1990.)

*Doctrina de la Sentencia.*—La compraventa en nuestro Derecho viene configurada como un contrato consensual, del que surge la obligación de pagar el precio estipulado y de entregar la cosa vendida, pero debiendo distinguirse el momento de la perfección del contrato, producido por la coincidencia del consentimiento sobre la cosa y el precio, y el de la consumación, emanante de la tradición real o ficta de la cosa, que determina la transformación del originario *ius ad re* en un *ius in re*, mediante el cual se transmite el dominio de lo comprado, con la obligada consecuencia jurídica de que cuando la compraventa no va seguida de la tradición no puede considerarse como propietario al comprador en tanto esa tradición no se produzca. Doctrina que, aplicada a la disposición del párrafo 2.º del artículo 1.468 del Código Civil, viene a significar que desde la perfección del contrato los frutos que produzca la cosa vendida pertenecerán al comprador, el cual tiene derecho a reclamarlos; pero no adquiere la propiedad de los mismos hasta que le sean entregados, conjunta o separadamente, de la tradición real o ficta de la finca.

**EL QUE ANOTA UN EMBARGO NO ES TERCERO HIPOTECARIO.** (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1990.)

*Doctrina de la Sentencia.*—Según muy reiterada jurisprudencia (ejemplo, la Sentencia de 12-12-1988), quien anota preventivamente un embargo no adquiere el carácter de tercero hipotecario, pues según esa misma jurisprudencia, para que el embargo sea eficaz ha de versar sobre bienes propios del embargado; y si han perdido este carácter es ineficaz aunque contradiga la apariencia registral.

**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: LA CULPA DEL MEDICO HA DE SER PATENTE.** (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1990.)

*Doctrina de la Sentencia.*—Los tres requisitos exigidos para la prosperidad de la acción por responsabilidad extracontractual son, a saber, producción de un daño, negligencia en la conducta de quien lo causó y relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño causado; y con relación a la negligencia del agente, la Sentencia de 26 de marzo de 1986 declaró que dada la naturaleza jurídica de la relación contractual del médico, que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una obligación de medios, es decir, no se obliga a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiere, según el estado actual de la ciencia médica, por lo que su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente.

**EL DERECHO TRANSITORIO HA DE SER INTERPRETADO CON LITERALIDAD.**  
(SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1990.)

*Doctrina de la Sentencia.*—El derecho transitorio, lejos de la distinción entre normas positivas y de derecho estricto o excepcional, tiene como único objeto combinar el derecho y situación anterior a la promulgación de la nueva Ley con ésta, sin atenerse a criterios fijos, sentando normas que eviten la inseguridad jurídica que podría causarse de no establecer normas transitorias; y estas normas han de ser interpretadas conforme a los principios de literalidad y lógica de los textos. En este sentido no puede aceptarse el criterio del recurso, que parece sostener que la disposición transitoria de la Ley 8-10-80 sobre contrato de seguro solamente señala un plazo para adaptación de las pólizas en su carácter de documentos privados a las nuevas normas, pues entonces no tendría sentido que la misma disposición transitoria señale imperativamente que pasados los dos años de su vigencia o adaptados los contratos a la nueva Ley, “quedaran sometidos a los preceptos de la misma”. Lo que significa, en claro “a contrario”, que hasta que no pasen dichos dos años o la adaptación expresada no están sometidos a la nueva Ley. Y este sometimiento a la nueva Ley no puede significar otra cosa que aplicar sus preceptos a los contratos en cuestión, no antes.

**CUALQUIERA DE LOS CONTRATANTES PUEDE SOLICITAR LA ELEVACION DEL CONTRATO A ESCRITURA PUBLICA.** (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1990.)

*Doctrina de la Sentencia.*—Si, ciertamente, los contratos que tengan por objeto la transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles, como es el de compraventa, no requieren para su validez el otorgamiento de escritura pública, al regir en nuestro ordenamiento positivo el sistema de espiritualidad, según tiene declarado esta Sala entre otras, y como más recientes en Sentencias de 3 de febrero y 30 de mayo de 1987 y 3 de octubre de 1988, sin embargo la normativa contenida en el número 1 del artículo 1.280, en relación con el 1.279 del Código Civil, no impide que cualquiera de las partes contratantes pueda solicitar la elevación del contrato a escritura pública, como reconocen las Sentencias de 7 de enero de 1924, 29 de diciembre de 1926 y 24 de diciembre de 1929.

**EL REQUERIMIENTO DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL ES UNA DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD CONDICIONADA.** (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1990.)

*Doctrina de la Sentencia.*—La facultad resolutoria que otorga al vendedor el artículo 1.504 requiere la existencia de un incumplimiento por el comprador de la principal obligación que para él surge del contrato de compraventa, requisito que ha sido matizado por esta Sala en el sentido de que para la resolución del contrato no se requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es a lo que apunta la frase “actitud deliberadamente rebelde” al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las

legítimas aspiraciones de la contraparte siempre que tal conducta del incumplidor no represente dejar de cumplir prestaciones accesorias o complementarias; además es necesaria la concurrencia de una voluntad resolutoria del vendedor manifestada judicial o notarialmente a través del oportuno requerimiento. Discutida por la doctrina científica la naturaleza jurídica y efectos del acto de requerimiento que para un sector se configura como una intimación al pago con resolución *ex lege* si éste no se produce, mientras que para otros autores se trata de una notificación resolutoria obstativa al pago, sin intimación para que éste se produzca, esta Sala tiene declarado que no hay ninguna objeción jurídicamente atendible en nuestro Derecho que impida calificar el requerimiento del artículo 1.504 como un acto jurídico complejo, integrado en su fin principal por una declaración unilateral de voluntad —a la que la Ley anuda un efecto resolutorio contractual— condicionada, es decir, en la que la finalidad última, que es el ejercicio de la resolución, se condicione o se subordine al cumplimiento de un acto: el pago por el deudor comprador.

J. Q. S.

## C) ARRENDAMIENTOS URBANOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

**RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EXISTE CAUSA DE NECESIDAD PARA LA DENEGACION DE LA PRORROGA CUANDO SE TRATA DE UN EMIGRADO QUE VUELVE A ESPAÑA, HABIENDO EJERCIDO EL COMERCIO ANTES DE SU EMIGRACION Y DANDOSE DE ALTA EN LA LICENCIA FISCAL A SU REGRESO. (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1987.)**

El Juzgado de Arenys de Mar desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó, declarando la resolución de los contratos de arrendamiento de local con vivienda aneja por causa de necesidad de la demandante que determina la denegación de prórroga, fijándose en quientas mil pesetas la indemnización por extinción del arrendamiento.

No prospera la casación. La jurisprudencia de esta Sala establece que es necesario fijar la indemnización con carácter previo para la acción de denegación de prórroga por causa de necesidad, pero se refiere a casos en los que puede aplicarse el artículo 73 LAU y no de aquellos supuestos atípicos que no pudo prever el legislador, como la desaparición de la organización sindical, a los que ha de darse solución adecuada y de la forma más económica posible, extremo contrario a que se siga un procedimiento judicial para determinar la cuantía, y otro con trámites más breves para la resolución contractual, pues acumulándose las acciones en el trámite que ofrece más garantías se satisface la exigencia concretando la indemnización y no dando lugar al desalojo hasta que aquélla se produzca y si no se verifica en el plazo que se señala, teniendo por prorrogado el contrato cual prevé el artículo 73 LAU, computándose el plazo en la forma prevista por el propio artículo 73. Existe causa de necesidad en quien, emigrado

durante veinte años, regresa a su patria y no puede obtener por su edad empleo remunerado al servicio ajeno, habiendo ejercido el comercio de modo continuo antes de abandonar España y se da de alta en la contribución, previamente al ejercicio de las acciones, por el ser comercio la única forma de subsistir, cuanto más que el comercio puede ejercitarse por medio de dependientes.

***DESAHUCIO.—EXISTE MAQUINACION FRAUDULENTO CUANDO SE OCULTA EL DOMICILIO DEL ARRENDATARIO PARA DAR LUGAR A LA CITACION POR EDICTOS. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1987.)***

El Juzgado número 3 de Zaragoza declaró resuelto el arrendamiento, siendo declarado en rebeldía el demandado.

Es estimado el recurso de revisión. La maquinación fraudulenta consistente en haber ocultado el actor al Juzgado datos sobre el domicilio del arrendatario para conseguir el emplazamiento por edictos, ha de ser estimado, ya que reiterada jurisprudencia viene considerando como maquinación fraudulenta toda actividad de la parte actora encaminada a dificultar u ocultar al demandado el planteamiento del litigio y a obstaculizar e impedir su defensa para asegurar el éxito de la demanda, como es el alegar que es desconocido el domicilio del demandado para que se le cite por edictos, a fin de que sustancie el juicio en rebeldía sin que el demandado comparezca a defender sus derechos. En este caso, contiguo al que se señala como segundo domicilio, tenía el demandado un establecimiento mercantil abierto en el que pudo ser emplazado, solicitando la citación por edictos, que debe estimarse fruto de una conducta maliciosa de la actora que pudo citar personalmente o por medio de sus empleados al demandado, en lugar de hacerlo por edictos.

***DECLARACION DE DERECHOS.—NO ES VALIDA LA CESION ONEROSA DE VIVIENDA, PROHIBIDA POR EL ARTICULO 23 L.A.U. SE ADMITE EN CAMBIO EL DERECHO DE RETORNO DEL ARRENDATARIO SOLICITADO EN LA RECONVENCION. (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1987.)***

El Juzgado número 2 de Salamanca desestimó la demanda y estimó la reconvencción, condenando al pago de cantidades por rentas y servicios. La Audiencia revocó en parte la resolución impugnada, confirmando la parte dispositiva de la Sentencia y modificando el concepto de la anterior.

Se estimó en parte la casación. La actora era inquilina de una planta baja en la que tenía instalada una vivienda y una industria de peluquería para cuyo ejercicio estaba autorizada por el contrato de 1959. El dueño de la finca la demolió para su reedificación y frente al derecho de retorno de la inquilina puso a su disposición el piso 1.º, B, del nuevo edificio mediante acta notarial de 30 de junio de 1976. Como el nuevo edificio era de VPO, no podía la vivienda ser objeto de cesión, por lo cual la inquilina plantea su demanda en el sentido de que el arrendador no ha cumplido las obligaciones consecuentes al derecho de retorno y pidió que se le asignara un local de negocio, con indemnización de daños y perjuicios o, en su defecto, que se le indemnizara por la pérdida de su derecho de traspaso y los perjuicios consiguientes a la no explotación de su industria. La primera Sentencia no sólo desestima la demanda, sino que admite la reconven-

ción, condenando a la actora al pago de las rentas devengadas. No se niega la anterior autorización de traspaso, sino que niega la eficacia de tal autorización desde su origen por imperativo del artículo 23 LAU, por lo cual la actora no hubiera podido reclamar al arrendador el cumplimiento de la obligación de consentir la cesión onerosa, totalmente prohibida por la Ley en materia de vivienda, ni puede argüir un perjuicio por su incumplimiento. Sin embargo, las alegaciones que estima violado el artículo 85 de dicha Ley han de ser acogidas, porque este artículo no exige para la reducción de la renta la demostración de perjuicio alguno cuando en el edificio reconstruido se asignó al inquilino una planta distinta de la que ocupaba. Por tanto, ha de ser anulada y casada parcialmente, reduciendo la renta un 10 por 100.

**REVISION DE RENTA.—HA DE CONSIDERARSE VALIDA LA REVISION DE RENTA QUE SE ACOMODA A LA VARIACION DEL SALARIO MINIMO INTERPROFESIONAL TOMANDO COMO BASE EL EXISTENTE EN EL MOMENTO DE REALIZARSE EL CONTRATO.** (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1987.)

El Juzgado de La Orotava desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la misma declarando legítima la elevación de renta propuesta por los arrendadores.

Tampoco triunfa la casación. Se solicita el aumento de renta, oponiendo el demandado la nulidad de la cláusula de estabilización que se refería a la acomodación de la renta cada dos años a la variación del salario mínimo interprofesional, tomando como base el vigente en 28 de septiembre de 1982, fecha del documento. El Juzgado consideró nula la cláusula por estimar que era siempre al alza. En cambio, la Audiencia estimó íntegramente la demanda con base en la validez de la cláusula referida. Las razones de las que se sigue la admisibilidad y validez de la cláusula estabilizadora puede sintetizarse así: El hecho de que el salario mínimo haya operado siempre al alza no quiere decir que tal cláusula haya de operar siempre así, pues no hay norma que lo establezca, de igual forma que el índice de coste de la vida no ha operado nunca a la baja, aunque no se descarte ni nada lo prohíbe que alguna vez se reduzca. Además, la cláusula debatida no prevé únicamente el aumento de la renta, sino que se limita a declarar que se acomodará cada dos años a las variaciones del salario mínimo, autorizando tanto el aumento como la disminución. Por otra parte, la interpretación de las cláusulas ha de hacerse en íntima conexión con la libertad de contratación, con los límites del artículo 1.255 del Código Civil, límites que han de entenderse relacionados con la renuncia de derechos que la LAU prohíbe expresamente y que no se excluye se comprendan también las verificaciones a la baja, sin que sea contraria la cláusula a la buena fe, a los usos y a la Ley.

**NULIDAD DE CONTRATO.—LAS FACULTADES DE LA HIJA, ADMINISTRADORA DE LA FINCA Y NUDO PROPIETARIA DE LA MITAD DE LA MISMA SE CEDIAN A LA EXPLOTACION DEL NEGOCIO, PERO NO AL CESE DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.** (SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1987.)

El Juzgado de Lalin declaró nulo el contrato, confirmandolo la Audiencia.

No prospera la casación. La actora, nudo propietaria de la mitad y usufructuaria de la otra mitad de un local en que el que se explotaba un negocio de

alimentación, confirió la administración a su hija, nudo propietaria de la mitad del local, quien concertó con los otros demandados un arrendamiento de local, en el que los arrendatarios efectuaron obras para adaptarlo a sus deseos en cuanto a su utilización. Este contrato fue declarado nulo por la Sentencia recurrida por entender que la hija no tenía poder para arrendar. La Sentencia impugnada lleva a cabo un análisis de la relación que ligaba a la actora con su hija demandada, a la luz de los artículos, 1.710, 1.713, 1.714, 1.719 y 1.727 del Código Civil y 1.548 del propio Código, para concluir que las facultades de la hija se ceñían a la explotación del negocio o empresa que supone, como se proclama por la jurisprudencia lo concerniente a la organización de los elementos que constituyen la unidad patrimonial, pero no alcanzaban la posibilidad de destruir esa unidad, cediendo el soporte material del establecimiento, es decir, existían facultades para desarrollar la actividad empresarial, pero no para cesar en ella. No se aprecia la existencia de un fraude concertado entre madre e hija en perjuicio de los demandados cuando aparece que la madre es de edad avanzada y enferma crónica que hacia años que no se ocupaba del negocio. El contrato, concertado como arrendamiento de local, no puede subsistir ni como comprendido dentro de la facultad de arrendar la empresa, porque este arrendamiento hubiera tenido otro objeto y otros condicionamientos temporales, sin que existan datos que permitan deducir, en definitiva, que el contrato pueda tener otra finalidad que pudiera mantenerse.

*DECLARACION DE DERECHOS.—LOS CONTRATOS QUE REGULARON EL DERECHO DE RETORNO A VIRTUD DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, APARTANDESE DE LA REGULACION DE LA L.A.U., REVELAN UNA COMPLEJIDAD QUE AUNQUE PROVENGAN DE UN DERECHO ARRENDATICIO NO SE FUNDA EN DERECHOS RECONOCIDOS POR LA LEY ESPECIAL, LO QUE LLEVA A SU TRAMITACION POR LAS NORMAS PROCESALES COMUNES. (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1987.)*

Tanto el Juzgado de Tudela como la Audiencia de Pamplona estimaron la demanda.

No triunfa la casación. Los propietarios garantizaron al arrendatario el retorno a un nuevo local en un plazo de dos años, a contar de la fecha de desalojo, y si se incumplía esta obligación entregarían al arrendatario cuatro mil pesetas diarias, sin que exima este pago del cumplimiento de la entrega del local. En diciembre de 1982 se formuló demanda reclamando la entrega de los locales a los arrendatarios y que se abonasen las cantidades fijadas como indemnización desde 1979 hasta el día de la interposición de la demanda, así como al pago de la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento. El procedimiento usado es el adecuado, ya que no bastaba el de la LAU porque los contratos que regularon el derecho de retorno a virtud del principio de autonomía de la voluntad se establecieron extremos que se apartan de la regulación de la LAU, como las posibles modificaciones en los locales que habían de entregarse, la regulación de indemnización y la especial consideración por rápido desalojo, aparte de que se demandó también a personas distintas de los arrendadores, todo lo cual revela una complejidad que aunque provenga de un derecho arrendaticio no se funda en derechos reconocidos por la Ley especial, lo que lleva a su tramitación por las normas comunes procesales, siendo entonces cuando juega su fuerza atractiva y la inexistencia de indefensión o de perjuicio, siendo así que

lo que se accionaba era el contenido de unos contratos transaccionales excluyentes de la aplicación estricta de la Ley locativa, diciendo el contrato de 1979 que sólo regirá la LAU en lo no determinado en esta transacción. Es de justicia que si el uso de la cosa arrendada tenía una contraprestación mensual, la prestación por privación del disfrute se produzca también en plazos mensuales, presentándose así como lógica la interpretación realizada por la Sala de instancia a quien corresponde de modo exclusivo tal facultad.

**DESAHUCIO.—LA MAQUINACION FRAUDULENTE QUE DA LUGAR A LA REVISION CONSISTE EN NO HABER SIDO CITADA LA ENTIDAD ARRENDATARIA EN EL DOMICILIO QUE CONSTA EN EL REGISTRO MERCANTIL QUE ES PUBLICO, NO HABIENDO MOTIVO PARA ALEGAR IGNORANCIA DEL MISMO.** (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1990.)

Fue estimado el recurso de revisión contra la Sentencia del Juzgado de Distrito de Gandía, que dio lugar al desahucio.

La entidad recurrente no se enteró del desahucio hasta que fue notificada del lanzamiento el día 13 de abril de 1985, siendo presentada la demanda de revisión el día 12 de julio, es decir, dentro del plazo de tres meses previsto por la Ley. No obsta tampoco el que haya habido un recurso de audiencia en rebeldía previsto por el artículo 773 LEC, siempre que concurra el requisito de ser formulado dentro del plazo legal, ya que la LEC sólo habla de Sentencia firme, sin ningún otro aditamento ni salvedad en cuanto a la clase de fallo recurrible en revisión. La maquinación fraudulenta consiste en no haber sido citada la entidad recurrente en el domicilio que consta en el Registro Mercantil, siguiéndose el juicio sin su presencia, previa declaración de rebeldía hasta llegar al lanzamiento, cuya notificación al representante de la entidad recurrente descubrió para ésta el procedimiento, dándose la circunstancia de que mediante certificación del Registro Mercantil se señala un domicilio en Alcobendas. Como el Registro Mercantil es público, no cabe ignorar este domicilio, dificultando e impidiendo el derecho de defensa por no haber tenido la demandada conocimiento del planteamiento de la demanda.

**DECLARACION DE DERECHOS.—NO EXISTIO ARRENDAMIENTO DE LOCAL, SINO CESION DEL MISMO A CAMBIO DE LA PRESTACION DE DETERMINADOS SERVICIOS, EQUIVALENTE A UN ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS Y, DESPUES, CON LOS REQUERIMIENTOS NOTARIALES POR PARTE DEL PROPIETARIO SE PIERDE TODA LEGITIMACION PARA CONTINUACION DE LA POSESION.** (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1987.)

Tanto el Juzgado de Sevilla número 2 como la Audiencia admitieron la demanda.

La misma tesis sostiene el Tribunal Supremo. Las entidades demandadas ocupaban parte del inmueble sin título alguno y la actora tenía derecho a la percepción de frutos o a una indemnización de daños y perjuicios por aquella ocupación desde 1981 hasta el desalojo del inmueble. La autorización para que la entidad demandada contratara la electricidad no demuestra la existencia de contrato, sino que la ocupación del inmueble no se realizó con violencia o subrepticamente, sino con el consentimiento del propietario. No se niega, según la

Sentencia recurrida, que la ocupación se realizara con consentimiento de la propiedad, pero sólo referido a que la Cooperativa ocupante instalara en dicho local los servicios que prestaba a sus cooperativistas. La Sala de Instancia llega a la conclusión de que aunque existieran entre los rectores de ambas entidades numerosas conversaciones y proyectos para concertar un contrato de arrendamiento que titulara la cesión del uso y disfrute del local, nunca se alcanzó el acuerdo o concurso de la oferta, de una parte, y la aceptación, de la otra, a que se refiere el artículo 1.262 del Código Civil como manifestación del consentimiento, ni siquiera verbal, imprescindible, conforme al artículo 1.261, para que nazca el contrato. En realidad, lo que ocurrió hasta el momento de los requerimientos notariales por la parte actora fue que ésta consintió en la cesión del inmueble a cambio de la prestación de determinados servicios, dando lugar con ello a una situación equivalente a la del contrato de arrendamiento de servicios, y otro a partir de la fecha de aquellos requerimientos hasta la actualidad, en cuya fase la posesión del inmueble, al no ir acompañada de ninguna contraprestación, perdió su legitimación inicial al no haberse concertado contrato alguno de arrendamiento entre las partes en orden a convalidar la continuación de la posesión.

**RESOLUCION DE CONTRATO.—CUANDO UN LOCAL SE DEDICA SOLO A ALMACEN, SIN CONTACTO DIRECTO CON EL PUBLICO, SE INCURRE EN LA CAUSA 3.ª DEL ARTICULO 62 L.A.U., DE DENEGACION DE LA PRORROGA.** (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1987.)

El Juzgado número 2 de La Laguna declaró no haber lugar a la resolución de los arrendamientos, pero la Audiencia Territorial revocó la anterior.

No tiene éxito la casación. La diligencia de reconocimiento judicial indica que se trata de una sola nave arrendada con dos niveles de plantas distintas, comunicadas con una rampa, dos alturas de techo diferentes e incluso dos sistemas de construcción con materiales de dispar naturaleza, es decir, que se trata de una sola nave construida en dos fases, que constituye el objeto del arrendamiento aquí cuestionado. Esto se constata por las actas notariales, que dicen que la nave o local está cerrada al público; el Ayuntamiento informa que tal establecimiento se encuentra cerrado desde hacía un año; la Telefónica certifica la baja por falta de pago, y el Juez hace constar que la nave está destinada a almacén de depósito de mercancías, con signos evidentes de haber cesado toda actividad en los locales en cuanto al supermercado de víveres y alimentación, que era lo pactado; situación que, como ha declarado esta Sala, si un local se dedica sólo a almacén, sin contacto directo con el público, se incurre en la causa 3.ª del artículo 62 LAU.

**RETRACTO.—NO PROCEDE PORQUE EL ARRENDATARIO TUVO CONOCIMIENTO DE LAS COMPRAVENTAS A TRAVES DE LAS NOTIFICACIONES NOTARIALES, HABIENDO CADUCADO LA ACCION POR HABER CONOCIDO EL ARRENDATARIO LA TRANSMISION EN FECHA NO CONCRETADA PERO NOTORIAMENTE ANTERIOR AL EJERCICIO DE SU ACCION.** (SENTENCIA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 1987.)

Tanto el Juzgado número 4 como la Audiencia de Madrid desestimaron la demanda.

No prospera la casación. El arrendatario tuvo conocimiento formal a través de las notificaciones notariales de las compraventas efectuadas en escrituras públicas. No puede alegarse desconocimiento del precio y su no consignación cuando la Sentencia impugnada afirma que no se consignó dentro del plazo legal el precio de venta, que si no se expresaba materialmente en los documentos pudo ser conocido por el actor con suficiente facilidad en tanto en cuanto se contenían las bases para su determinación efectuando previas y asequibles operaciones matemáticas. La caducidad de la acción es evidente cuando en la Sentencia se afirma que el arrendatario desde fecha no concretada, pero notoriamente anterior al ejercicio de su acción de retracto, tuvo conocimiento de la transmisión del local arrendado.

C. R. R.



# INFORMACION BIBLIOGRAFICA



MARTÍNEZ HORNERO, FRANCISCO JAVIER: *Los regímenes económico-matrimoniales en los Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio*, Editorial Praxis, S.A., Barcelona, 1990, 271 págs.

El libro trata de la incidencia de los distintos regímenes económico-matrimoniales en los Impuestos del Patrimonio y de la Renta de las Personas Físicas. Se divide en cinco capítulos: el primero dedicado a los efectos personales y patrimoniales del matrimonio; el segundo, a los regímenes económico-matrimoniales en los derechos forales; el tercero, a la regulación de los regímenes previstos en el Código Civil; el cuarto y el quinto, a la incidencia de los distintos regímenes en el Impuesto extraordinario sobre el Patrimonio y en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, constituyendo el objeto central del trabajo; a ellos nos referiremos especialmente. Concluye el libro con un apéndice normativo conteniendo la regulación del Código Civil y de las legislaciones forales en materia de régimen económico del matrimonio.

A los efectos de determinar el patrimonio del sujeto pasivo, que es la persona física, y ya entrando en el análisis del capítulo IV, comienza diciendo que han de tenerse en cuenta las normas sobre titularidad jurídica de los bienes, según sean, por tanto, de titularidad única compartida o gananciales. Cuando el bien sea de titularidad compartida, es decir, en comunidad ordinaria, se tomará en cuenta la cuota que le corresponda al sujeto pasivo si es ganancial se atribuirá por mitad a cada cónyuge, según el párrafo tercero del artículo 11 de la Ley de 28 de julio de 1989. Determinados el patrimonio del sujeto pasivo, la incidencia del régimen económico de este impuesto es muy pequeña; únicamente se concreta en régimen de gananciales a algunos casos concretos de determinación del carácter de los bienes, como pueden ser la vivienda habitual según el momento de su adquisición o los nuevos establecimientos fundados durante vigencia de la sociedad correspondiente a una empresa privativa, señalando el autor la diferencia entre empresa y establecimiento o las indemnizaciones o cantidades provenientes del rescate de contratos de seguro o, en fin, las nuevas acciones o participaciones suscritas como consecuencia de la titularidad de otras privativas o gananciales. Casos concretos que, por otra parte, vienen regulados en el Código Civil.

Más problemática es la incidencia que los regímenes económicos pueden tener en el Impuesto sobre la Renta; a ello se dedica el capítulo V, tras concluir el IV con tres ejemplos de declaración del Impuesto sobre el Patrimonio con su correspondiente solución.

Este capítulo se dedica fundamentalmente a comentar las reglas contenidas en el artículo 9 de la Ley anteriormente citada de 28 de julio de 1989, que en aplicación de la doctrina constitucional permitió la tributación separada de los cónyuges.

Comienza diciendo que el sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta es la persona física, aunque la tributación sea conjunta. No obstante, sigue diciendo,

la determinación de la renta de cada sujeto pasivo tiene importancia aun cuando la tributación sea conjunta. A continuación, el criterio general de atribución de renta aparece contenido en la regla 1.ª de la Ley de 28 de julio de 1989: "Cualquiera que sea el régimen del matrimonio aplicable a los cónyuges, la determinación de la renta de los sujetos pasivos tendrá en cuenta el *origen o fuente* de la misma". Para pasar a examinar los distintos criterios de atribución de renta que la Ley sigue en cada uno de los elementos que configuran el hecho imponible del impuesto:

1.º Trabajo personal. "Corresponden a quien haya generado el derecho a su percepción" [regla 1.ª, a), del art. 9]; nada importa que los bienes jurídicamente (y, por tanto, al menos así lo creemos, fiscalmente) sean gananciales; cuando rija tal régimen se atribuirán exclusivamente al cónyuge que los hubiera obtenido. Porque "el régimen ganancial es una forma voluntaria de cumplir la obligación de contribución al sostenimiento de las cargas familiares" (!). "En el régimen de gananciales se opta por aplicar toda la renta que cada cónyuge obtiene a ese fin, quedando el remanente no consumido de titularidad común. Pero en todo caso, y como los demás regímenes económico-matrimoniales, se sitúan en un plano de aplicación de renta. El Impuesto sobre la Renta se sitúa en un plano o momento anterior, en el de la obtención" (!). Nos recuerda que el hecho imponible es la obtención de la renta y que si la retribución obtenida se distribuyera por mitad entre ambos cónyuges estaríamos gravando al cónyuge no perceptor sin que hubiera realizado el hecho imponible. A su juicio no existe disparidad alguna, sino coincidencia entre la regulación tributaria y civil. En consecuencia, concluye diciendo que el régimen económico no influye en los rendimientos de trabajo.

2.º Rendimientos del capital. "Se considerarán obtenidos por los sujetos pasivos titulares de los elementos patrimoniales, bienes o derechos de que provengan" [art. 9, regla 1.ª, b)]. En régimen de separación y participación no hay problema, pero sí lo existe en régimen de gananciales, porque, según el artículo 1.347.2.º, son gananciales "los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales"; aquí el autor propugna la misma solución que el caso de los rendimientos de trabajo; por tanto, también, aunque procedan de bienes privativos o en comunidad ordinaria, no se distribuirán por mitad, sino que se atribuirán al cónyuge titular.

3.º Rendimientos de actividades empresariales, profesionales y artísticas. Aquí, según el artículo 3.1 y 2, b), de la Ley del Impuesto y el artículo 6.2, b), del Reglamento, se considerarán rendimientos obtenidos por el sujeto pasivo "los procedentes de explotaciones... de que sea titular y los derivados de las actividades profesionales o artísticas que ejerza"; no obstante, el apartado c) de la regla 1.ª del artículo 9 de la Ley de 28 de julio de 1989 dice que "se considerarán obtenidos por quienes realicen de forma habitual, personal y directa la ordenación..." Critica el autor, con razón, esa referencia a la ordenación personal y directa que puede dejar fuera a quien efectivamente asuma el riesgo de la explotación. Se pasa a continuación a examinar la atribución de tales rendimientos en el régimen de separación y participación, que no ofrece problema alguno; nos recuerda que se contempla en la nueva Ley el trabajo de un cónyuge en las actividades del otro y que se exige el correspondiente contrato laboral. Sí los ofrece, en cambio, en régimen de gananciales, porque tales rendimientos son gananciales (art. 1.347.1.º: "los obtenidos por el trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges"). No obstante, se mantiene de acuerdo con la Ley en que tributariamente son atribuibles al cónyuge titular o al que ejerce tales activida-

des. Así, pasa a examinar la atribución de rendimientos profesionales o artísticos, de actividades empresariales de titularidad privativa, de titularidad ganancial (que no ofrecerían problema), planteándose el caso de que el negocio fuera gestionado materialmente por uno solo de los cónyuges, que no sería obstáculo para la distribución de la renta por mitad, y, por último, de titularidad privativa-ganancial.

4.º Incrementos y disminuciones patrimoniales: Se atribuyen al titular de los elementos patrimoniales de que procedan; los no justificados se imputarán en función de la titularidad de los bienes o derechos en que se manifiesten [art. 9, regla 1.ª, apartado e)]. Respecto de aquellos que no derivan de una transmisión previa se atribuyen “a quien corresponda el derecho a su obtención o que los haya ganado directamente” [art. 9, regla 1.ª, apdo. e), párr. 3.º]. Se extraña el autor de que se utilice la expresión de “que los haya ganado directamente”, diciendo que cabe que se atribuyan incrementos a quien no los haya tenido, y cita el artículo 1.351 del Código Civil relativo a las ganancias del juego que las atribuye carácter ganancial. Estaríamos de acuerdo con él en su crítica si no fuera contradictoria con lo que él mismo mantiene a lo largo de todo el trabajo; lo que ocurre es que la Ley introduce de repente un criterio jurídico, “la persona a quien corresponda el derecho a su obtención”, es decir, el auténtico titular, el acreedor de la ganancia, en este caso la sociedad de gananciales, y esto despista un poco al autor.

Pues bien, hemos de decir que, aparte de algunas curiosas expresiones como definir en la página 122 a la familia como “situación de hecho de especial conexión y urdimbre económica”, y tratándonos de centrar en lo que es el núcleo del trabajo, destaca la adhesión incondicional del autor al criterio seguido por la Ley de 28 de julio de 1989 en orden a determinar la atribución de renta en el sujeto pasivo del Impuesto de la Renta y, valga la redundancia, de las personas físicas.

La regla general de atribución de renta ya la hemos visto; se recoge en el artículo 9, regla 1.ª, de la Ley citada, es decir, el origen o fuente de la misma, y de acuerdo con este criterio se viene a desarrollar a lo largo del artículo 9 para los distintos elementos que componen el hecho imponible del impuesto.

Su argumentación se basa en una pintoresca concepción de la sociedad de gananciales como forma de organizar la contribución al sostenimiento de las cargas familiares, lo que es falso; porque si eso fuera cierto, ¿qué es entonces el régimen de separación en el que cada cónyuge conserva sus propios bienes? Olvida el autor que el régimen de la sociedad legal de gananciales es, ante todo, un régimen de comunidad nacido en el matrimonio como trasunto de la unidad moral derivada del mismo, a la que sigue, como ya dijeron los autores antiguos, la unidad económica de ese *consortium omnis vitae*, según la célebre definición de MODESTINO, y que tiene un origen romano-cristiano, como puso de manifiesto PRIETO BANCES, frente a la historiografía del pasado siglo que veía un origen germánico en la sociedad de gananciales, origen romano-cristiano que se manifiesta en la distribución de los bienes por mitad al finalizar el régimen.

Pero esto, con todo, no es lo más importante; lo más importante es desconocer que la sociedad de gananciales recae sobre un patrimonio separado, aunque no autónomo, del que son titulares ambos cónyuges y del que forman parte todos los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de ellos, los frutos, rentas o intereses de los bienes, tanto privativos como gananciales, y los adquiridos a título oneroso durante el matrimonio (art. 1.347 CC); y esto ocurre desde el mismo momento en que se contrae el matrimonio o se pacte así en capitulaciones (art. 1.345 CC: “La sociedad de gananciales empezará en el mo-

mento de la celebración del matrimonio..."). Por eso, al decir que la sociedad de gananciales se sitúa "como los demás regímenes económico-matrimoniales en un plano de aplicación de renta", mientras que el impuesto sobre la renta se situaría "en un plano o momento anterior, en el de la obtención", es radicalmente inexacto, no sólo porque la sociedad de gananciales existe desde el momento de la celebración del matrimonio, en el caso más normal, abarcando todos los bienes anteriormente mencionados, sino porque si sólo se extendiera a los bienes, frutos y rentas después de haber satisfecho los impuestos correspondientes así se hubiera hecho constar, y muy al contrario tales impuestos son de cargo de la sociedad de gananciales (art. 1.362 CC: "Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 2.ª La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes. 4.ª La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge"), respondiendo directamente los bienes gananciales frente al acreedor, en este caso el Estado (art. 1.365 CC: "Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge: 1.º ... en la gestión o disposición de gananciales que por Ley o capítulos le corresponda. 2.º En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio). Pues bien, si son gastos a cargo de la sociedad de gananciales es porque los bienes, frutos y rentas son gananciales desde el momento de su obtención, y no vemos por qué ha de pagarlos uno solo de los cónyuges; ¿o es que surgirá un crédito de cada uno de los cónyuges contra la sociedad de gananciales por el importe de los impuestos? Por otro lado, el criterio de la Ley de 28 de julio de 1989 de atender al origen o fuente de la renta para atribuirle a cada cónyuge en régimen de gananciales para determinar la base imponible del impuesto en caso de tributación separada (aunque pueda tener aplicación en algún caso para la conjunta) es contradictorio con el sistema seguido por la propia Ley, y que era el que venía rigiendo hasta la sentencia del Tribunal Constitucional para la tributación conjunta, en que sí se acumulan las dos rentas (o más, correspondientes a otros miembros de la unidad familiar), y entonces resulta que no hay inconveniente legal alguno porque sumadas las rentas sube el tipo impositivo.

Pero, además, tampoco parece de recibo y resulta discriminatorio para la sociedad de gananciales el no poder aplicar análogicamente el criterio establecido para la tributación de los partícipes en una comunidad de bienes del artículo 33 de la Ley General Tributaria, que en el artículo 12.1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece la atribución a los comuneros de las rentas obtenidas por las comunidades de bienes, y ello por considerar que el fenómeno es el inverso, es decir, en la comunidad de bienes es la misma comunidad quien obtiene los rendimientos que se atribuyen a los partícipes por carecer de personalidad jurídica, mientras que aquí sería el comunero quien obtiene la renta, porque la analogía no está en la estructura de la comunidad, sino en el hecho de tratarse de una comunidad que recae sobre un patrimonio (conjunto de bienes o derechos; no olvidemos que la comunidad de bienes existe "cuando la propiedad de una cosa o derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas", art. 392 CC), aunque como la comunidad de bienes carezca de personalidad jurídica; por eso dijimos antes que recaía sobre un patrimonio separado, aunque no autónomo.

No parece, pues, defendible el criterio de atribución de la Ley tantas veces citada; digamos, por decirlo finalmente, que se trata de un criterio puramente formal y por tanto no jurídico: el Derecho no puede conformarse con la apariencia o la superficie de las cosas, y menos cuando lo que está en juego es la

posibilidad de aplicar un tipo impositivo u otro. Porque, en el fondo, la Ley puesta a regular por imperativo constitucional por primera vez la tributación separada de los cónyuges, cuestión que afecta fundamentalmente a los cónyuges cuyo régimen es de gananciales, y a menos perder se inventa un criterio de atribución netamente antijurídico y que es a su vez anticonstitucional y además irrespetuoso con el Código Civil ("La Constitución garantiza el principio de legalidad", art. 9.3 de la Constitución española), contrario a los derechos y libertades de los particulares, ya que el derecho a asociarse es un derecho presente a lo largo de todo el texto de la Constitución; y sería discriminatorio para el hombre y la mujer que "se asocian" en un matrimonio sujeto a un régimen legal frente a todas las demás formas de asociación (arts. 22, 28 y 34 de la Constitución española) y, en fin, a la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 de la Constitución). Resumiendo, se trata de un criterio formal con fines recaudatorios, netamente antijurídico y anticonstitucional.

Para terminar, hemos de decir que lo auténticamente jurídico sería liquidar contablemente la sociedad de gananciales conforme a los artículos 1.397 y 1.398 del Código Civil, luego distribuir por mitad el remanente (arts. 1.344 y 1.404 del mismo Código), y la parte de cada cónyuge sería la base imponible sobre la que aplicar el tipo impositivo y no la totalidad de los rendimientos obtenidos por cada uno de ellos como pretende la Ley, con lo que el tipo impositivo es sensiblemente superior.

JUAN IGNACIO DE LOS MOZOS TOUYA

Registrador de la Propiedad

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y valoraciones del Suelo*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1990.

La apresurada publicación de la Ley 8/1990, de 25 de julio, que reforma el régimen urbanístico y valoración del suelo, generó en ciertos grupos la organización de conferencias, ciclos, mesas redondas, reuniones, etc., con el fin de que ciertos "expertos" comentasen un texto en vigor, pero sin rodaje. Otros, calladamente, se dedicaron a estudiar la Ley a fondo y a publicar unos comentarios sobre su texto. Dentro del primer grupo me encuentro yo —y no por ser "experto" en la materia, sino por ser "vieja gloria" de los que combatieron contra las otras Leyes de 1956 y 1976—. En el segundo grupo —como no podía ser menos— está JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, que publica unos comentarios que superan las quinientas páginas sobre el texto de la nueva Ley.

Cuando esta rccensión vea la luz yo habré dado ya seis charlas sobre este punto (tres en el CEU, una en la Gerencia de Urbanismo de Madrid, otra en el Colegio de Aparejadores de Málaga y otra en Bilbao), y hasta el momento —en que voy por la tercera— no he podido valerme del libro que ahora comento. Sólo he podido leer la Ley en el texto que me envió Paniagua —siempre en la brecha de servicio en esos continuos desplazamientos, ahora inevitables—. La verdad es que mi lectura —hecha con lápiz rojo en la mano— no es muy productiva, ya que a la natural dificultad de un texto excesivamente técnico se unen el movimiento del tren, las interrupciones que suponen la solicitud del revisor que sigue picando el billete, las azafatas —bien constituidas, eso sí—, que te ofrecen los auriculares para oír las voces de la película del mes y el telediario; el *barman* de la cafetería que te ofrece sus servicios, y la voz en *off* que por los altavoces te va indicando —en cinco idiomas— la llegada a las diferentes estaciones importantes del reco-

rrido. Así como los políticos y gente importante de la Administración suelen emplear la frase latiguillo de que determinada manifestación, documento, acontecimiento, etc., tiene "otras" lecturas, yo soy hombre de una sola lectura, aunque ahora comience a recrearme en el goce de "releer".

Comprendo que en mi lectura yo iba buscando mis terrenos —la parcela hipotecaria—, y por eso el libro de GONZÁLEZ PÉREZ me ha hecho comprender que aquí hay "más tomate" que el que se formó en el año treinta y seis. La técnica que sigue el autor es la "clásica" de todas sus obras: una reproducción literal de la Ley y un comentario "sistematizado" de cada uno de los problemas que —a su juicio— plantean los diferentes artículos. No es posible, en los estrechos límites de una recensión, moverse con la amplitud que exigirían cada uno de ellos, por lo que me voy a permitir utilizar el símil del acento circunflejo y dividir la materia, por un lado, referida a la propiedad y sus consecuencias, y por otro, a la valoración de la misma. Ello desordena el penoso camino del articulado, pero puede brindar una visión de carácter general.

#### A) LA PROPIEDAD URBANÍSTICA

Y aquí nos permitimos agrupar tanto el concepto como las relaciones con el Registro de la Propiedad, con los otros Registros, con las edificaciones y licencias, con las limitaciones, expropiaciones, ocupaciones, etc.

Coincido con GONZÁLEZ PÉREZ en que el texto que se nos ofrece —en esta Ley ordinaria, no orgánica— da un lamentable concepto de la propiedad: vacía de contenido. El autor lo acepta y entiende que la clasificación urbanística de los predios es decisiva para la determinación del régimen aplicable al suelo. De ella depende la sujeción a regímenes muy distintos. No sé si esto constitucionalmente es admisible, pues la Constitución parece partir del reconocimiento del derecho de propiedad y la función social "delimitará su contenido", lo cual quiere decir que determinará qué facultades puede usar y cómo. Pero la Ley del Suelo no dice eso: dice que el propietario —que se comporte legalmente— irá adquiriendo progresivamente facultades que determina. GONZÁLEZ PÉREZ en este punto mantiene la singular postura del administrativista, pero yo me quedo con la humilde pobreza del concepto privado.

Partiendo de esa idea —eje medular de la Ley— va comentando el contenido del estatuto de la propiedad urbana, el principio de la participación de la comunidad en las plusvalías, la ordenación del uso de los terrenos, el régimen del suelo no urbanizable y su edificación, el régimen del suelo urbano y urbanizable, las facultades urbanísticas y las licencias. En este punto ya me detengo, pues la Ley —cambiando el rumbo de otras anteriores— comienza a tener en cuenta la importancia del Registro de la Propiedad, y en su articulado trata de la coordinación: los artículos 25 y 29, uno referido a las edificaciones y obras nuevas, y el otro a la información sobre el régimen urbanístico. En uno y otro supuesto, GONZÁLEZ PÉREZ desmenuza sistemáticamente los artículos, distinguiendo el derecho, los requisitos, los efectos y las sanciones. En materia de obra nueva se hace eco del problema transitorio de la desaparecida disposición 8.<sup>a</sup> en base de una corrección de errores (corrección que ya no firma ni el Rey ni el Presidente del Gobierno y que no aclara si es error formal o material). Su postura es que cabe la inscripción de la obra nueva terminada cuando hubieran transcurrido cuatro años. Todo ello sin licencia.

Comenta el tema de la información y la coordinación con el Registro a través

de la notificación municipal y la nota marginal a la que NO ALUDE la disposición adicional décima, aunque considera que tendrá vigencia indefinida.

Al tratar de los Registros que la Ley crea o vigoriza —el de transferencias de aprovechamientos y el de solares y terrenos sin edificar— califica el autor a los mismos de "Registros administrativos", lo cual, en su tradicional forma de pensar, ya es un logro importante. En materia de tanteos y retractos legales, espero que en el comentario que haga en su día destaque la superación que la redacción del texto ha supuesto frente a la tesis de ROCA SASTRE y la publicidad legal de dichos derechos. Lo mismo debe suceder con el comentario de la disposición adicional 5.ª.3 cuando se regula el derecho de "retorno", que, a mi entender, sólo tiene razón de ser para los arrendamientos anteriores a 1985.

## B) VALORACIONES

Es, quizá, la parte más técnica de la Ley y el autor la salva con una gran soltura, abordando todos y cada uno de los graves problemas que el tema puede plantear. Simultáneamente al tema estudia la materia de las expropiaciones y el justiprecio, así como el reflejo del valor en los derechos de tanteo y retracto, lo mismo que en los sistemas de ocupación y el problema de la lesión patrimonial de la misma en los diferentes casos.

Con los estudios referentes a los supuestos indemnizatorios y el patrimonio municipal del suelo, se abordan todos los grandes temas que el nuevo texto plantea. Por supuesto que a todo ello añade el comentario de las disposiciones adicionales, las transitorias, derogatorias y finales, con todos los problemas que llevan consigo: aplicación de la Ley, venta forzosa, personas legitimadas para la ordenación urbanística, silencio administrativo (y su excepción en el art. 15), desalojo de ocupantes, valor urbanístico, operaciones de crédito, delimitación del suelo, los diferentes asientos en el Registro de la Propiedad, etc. En las disposiciones finales no elude la problemática de las competencias de las Comunidades Autónomas.

Esta visión general que doy en versión acelerada —y muchas veces sujeta a epígrafes, sin descender al contenido— creo que es válida para que el lector se percate de la trascendencia de una obra que se publica y está al alcance del público a los tres meses de estar en rodaje; una Ley difícil, técnica, de costosa aplicación, que desviste al propietario y atemoriza al concedente de créditos. Este estudio, que básicamente desmenuza las exigencias de aplicación de una Ley —en tanto surja el texto refundido— es un elemento de trabajo imprescindible que se convertirá en definitivo cuanto agotado el plazo para el nuevo texto —plazo creador de ciertas inseguridades jurídicas— sirva al autor para brindarnos un estudio definitivo de toda la materia. Particularmente debo agradecer al autor su esfuerzo, el envío dedicado del ejemplar que comento, y considerar "chupadas" las conferencias que me quedan por pronunciar: así se las ponían a Fernando VII.

JOSÉ M.ª CHICO Y ORTIZ

MARTÍNEZ VAL, J. M.ª: *Abogacía y abogados. Tipología profesional, lógica y oratoria forense. Deontología jurídica*, Bosch, Barcelona, 1990.

En un reciente homenaje que me dieron muchísimos amigos y compañeros con motivo de la concesión de la Cruz de Honor de San Raimundo, el que había

organizado el acto, al presentar el mismo, dijo que mi "bagaje" de relación de trabajos y títulos ocupaba sesenta folios. Y el hecho es cierto, ya que he tenido el cuidado de ir reflejando en unas cuartillas los títulos de los artículos que escribo, las recensiones que hago y las distinciones que me brindan. Es una especie de "esquela" que los causahabientes recortan debidamente y lo incluyen en los gastos generales de entierro y funeral. Para otra cosa no sirve, pues es más productivo un carnet, una amistad, un empujón o una oportunidad.

Cuando recibo la nueva versión del libro que recensiono —y que me brinda su autor a través de la Editorial—, veo con terror que en esos folios no está incluida la recensión de la segunda edición de la obra, aun y a pesar de que el autor en su "explicación preliminar" se refiere a la "crítica" que le hicieron varios autores, y entre ellas la mía. Cuando la memoria empieza a veranear es difícil situar libros en la biblioteca, papeles en las carpetas y recensiones en las revistas. Menos mal que conservo la colección de la *Revista Notarial Argentina*, y allí encontré —entre otras— la recensión que hice del libro de MARTÍNEZ VAL. Lo cual me ha hecho feliz por dos razones: por recordar que aquel libro y su contenido me gustó muchísimo, y porque ya los folios de mi "bagaje" son sesenta y uno.

Venciendo costumbres atávicas, he vuelto a releer lo que en su momento dije de la obra, y sigo estando de acuerdo con lo que dije: es una obra que explica con gran belleza y profundidad lo que es la esencia del quehacer del Abogado y que sirve no sólo para esta generación, sino para las sucesivas que nos vayan reemplazando. Solamente ha variado una circunstancia: que cuando hago la recensión yo no conocía personalmente al autor, no había leído sus constantes recensiones —casi monopolistas— de la *Revista del Colegio de Abogados* y no le había escuchado conferencias.

Para juzgar —y juzgar con admiración— el recto proceder o el quehacer diario del Abogado, me tengo que situar en una especie de pedestal que me ofrezca las diferentes dimensiones que la función abarca y que, después de intentar aplicármelas, vi que no encajaban en mi forma de ver el Derecho. Por eso elegí —es un decir en la época en la que la patria potestad era potestad y no función— la oposición. Y quede bien claro que la función registral —llena de posibles soluciones para el cliente, llena de casos vivos y de construcciones jurídicas— opera en campos en los que el hecho ya ha sucedido en la realidad y se nos ofrece con toda su crudeza, y la decisión —en solitario— tiene la grandeza que respalda la servidumbre de la responsabilidad.

El Abogado, como toda profesión que ofrece un servicio al público —sin ser servicio público—, exige el esquema que el autor nos brinda en sus páginas: vocación, libertad, justicia y humanismo. Esas cuatro premisas vienen rodeadas o acompañadas por la poesía, la consulta, el dictamen, el pleito, la responsabilidad, el lenguaje, la oratoria, la lógica y el compañerismo ("compañero del alma, compañero...").

A todo ello hay que añadir las relaciones que el Abogado tiene con la Magistratura, la política y el Estado de Derecho. La corona de todo este entramado de virtudes y caminos reside en la ética y la moral. Precisamente todos y cada uno de los puntos que cito son los epígrafes y temas que el autor desarrolla en su trabajo y que, por propia manifestación de su autor, no sufren en esta edición ninguna modificación, lo cual me lleva a la remisión de la mía, aun hecha en revista de allende los mares. Se conserva el Prólogo de PEDROL RÍUS y el del DUQUE DE MAURA a la primera edición.

No hay en el libro un capítulo dedicado a las relaciones que el Abogado tiene con el Registrador de la Propiedad —aunque se da por hecho cuando se habla

de Estado de Derecho—, pero sí brindo al autor que añade en su nueva edición algo de ello. Y no lo digo con afanes de notariadad, sino para ver cómo las sucesivas generaciones de juristas por haber penetrado en estudios universitarios referidos a la institución registral —apoyado por jornadas de práctica jurídica— amplían sus campos de conocimiento y establecen una constante relación y comunicación de pareceres y consultas. Mi experiencia así me lo demuestra ante esa aceptación popular de la institución registral como gran medio de lograr la seguridad de sus derechos y, trascendentalmente, la seguridad jurídica.

JOSÉ M.<sup>a</sup> CHICO Y ORTIZ

LASO MARTÍNEZ, JOSÉ LUIS, y otros: *Jornadas sobre urbanismo y publicidad registral*, editado por el Ayuntamiento de Valladolid. Un tomo de 234 págs., Valladolid, 1989.

En el mes de octubre de 1988 se celebraron con gran éxito en Valladolid estas Jornadas, con la colaboración del Ayuntamiento de la capital castellana y la Caja de Ahorros Popular y cuya organización y desarrollo corrió a cargo, principalmente, del Centro de Estudios Hipotecarios de Castilla y León, personalizado en su Director, nuestro compañero Juan Francisco Bonilla Encina, Registrador por entonces en la misma ciudad.

En dichas Jornadas se presentaron valiosísimas ponencias y comunicaciones a cargo de profesionales especialistas, muchos de ellos Registradores y que ahora se han recogido en este libro que publica el excelentísimo Ayuntamiento de Valladolid. Con ellos nos presta un gran servicio a todos los que no habiendo podido asistir tenemos interés por estos temas urbanísticos, que además de ser de palpitante actualidad tiene una gran aplicación práctica en el Registro.

Como nos dice Carlos Hernández Crespo en el Prólogo, la cuestión de la publicidad registral del urbanismo está necesitada de adaptación y urgente regulación. Derogado el Reglamento de Reparcelaciones de 1967 que contenía bastantes normas registrales, aún no se ha dado cumplimiento al mandato que en tal sentido contiene el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, existiendo tan solo diferentes y fragmentarias normas autonómicas en Cataluña, Madrid, Galicia, Andalucía y Murcia. Los Registradores demandan la urgente adaptación del Reglamento Hipotecario para evitar los problemas de interpretación, que hasta ahora suplen con una calificación amplia de los títulos inscribibles y en puro esfuerzo personal para aplicar debidamente las normas urbanísticas en relación con las registrales.

Hagamos una breve reseña de las ponencias y trabajos contenidos en este libro:

I. *Aportaciones hipotecarias al proceso urbanístico*.—Su autor es José Luis Laso Martínez, Registrador de la Propiedad actualmente en excedencia y uno de los más prestigiosos Abogados urbanistas de España.

Tras unas consideraciones previas sobre la función social del suelo y el papel de la publicidad inmobiliaria como instrumento valioso para conseguir sus fines, estudia cómo debe insertarse el planeamiento urbanístico en el sistema registral, y nos dice que el Registro debe estar abierto a las actuaciones de las Administraciones Públicas en relación con la ordenación del territorio, en tanto que el Registro no es sólo un simple valladar protector de situaciones individuales, sino

más bien portador de una publicidad que garantiza el cumplimiento de los fines sociales de la propiedad.

Laso entiende que son inscribibles los siguientes actos:

- Régimen de prefiguración de la urbanización.
- Actos de planeamiento y de sus determinaciones.
- Garantías de ejecución del planeamiento.
- Actos de reparcelación, compensación, transferencias de aprovechamiento medio y expropiación.
- Y acciones de la Administración en garantía de la disciplina urbanística.

II. *El Registro de la Propiedad como soporte ideal para la publicidad registral*.—José Requejo Liberal, Registrador de la Propiedad de Puigcerdá, parte de la idea básica de que el Registro de la Propiedad es un medio ideal para publicar las limitaciones y los derechos que sobre la propiedad inmobiliaria establece la normativa urbanística.

Aunque sobre el particular hay divergentes opiniones doctrinales e incluso institucionales, señala como argumento decisivo el contenido de la disposición final 13 de la Ley del Suelo de 1975 en la que se insta a acomodar la legislación hipotecaria con la urbanística a fin de asegurar que las limitaciones y deberes del suelo, así como los planes, programas, proyectos, normas de ordenación y catálogos se reflejen con toda exactitud en el Registro de la Propiedad.

Admitida esa necesidad, el ponente se plantea la cuestión de cuáles sean los datos a incluir en el Registro y que deben someterse a su publicidad, teniendo que contar con la coordinación de otros organismos administrativos, y en especial con el Catastro, *desideratum* inmediato por cuanto proporcionaría los elementos físicos de las fincas. Esta coordinación ya se está poniendo en práctica en algunos Registros a título experimental.

III. *Acceso al Registro de la Propiedad del Urbanismo*.—Segundo Velasco Fernández, asesor jurídico de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Valladolid, empieza afirmando que en la actualidad el planeamiento urbanístico tiene un reflejo escaso en el Registro de la Propiedad, y estudia las posibles causas que determinan esa discordancia. Algunos argumentan que el fallo estriba en la especial naturaleza de la normativa urbanística; esta opinión es rechazada por el ponente, que acude al ejemplo de la concentración parcelaria rústica, tan compleja como pueda ser la reparcelación urbana y sin embargo se consigue la plena concordancia. Tampoco es cierto que nuestro ordenamiento jurídico carezca de recursos técnicos para lograr esa deseada concordancia, como lo prueba el artículo 221 de la Ley del Suelo y las normas autonómicas dictadas al respecto. Para aclarar la idea, el ponente expone los recursos que a su juicio contienen la legislación hipotecaria y la urbanística. Concluye considerando necesario dar cumplimiento a la conocida disposición final 13 de la Ley y reformar el artículo 221 para que diga “deberán” en vez de “podrán” inscribirse en el Registro de la Propiedad de los actos de urbanismo.

IV. *Consideraciones sobre las urbanizaciones privadas*.—César Otero Villoria, Secretario de Administración Local, después de analizar su concepto, se pregunta si a una actividad privada deben aplicarse las normas del planeamiento y la gestión urbanística de talante público, y responde afirmativamente para evitar patologías, bastante frecuentes por desgracia. A continuación estudia la gestión de la urbanización privada y algunos de sus aspectos jurídicos más salientes.

V. *La gestión urbanística y el Registro de la Propiedad*.—Autor de esta ponencia es Rafael Arnáiz Eguren, Registrador de la Propiedad de Gerona, que es otro de nuestros especialistas en urbanismo.

Define la gestión como el conjunto de operaciones técnico-jurídicas que tiene por finalidad la realización de la infraestructura prevista en el plan a fin de que en la actividad constructiva dé lugar a un tejido urbano susceptible del adecuado funcionamiento. Esta gestión y su ámbito estarán influidos, por supuesto, según los criterios políticos que presidan en cada caso las concepciones de la propiedad del suelo. Por todo ello concluye que la gestión se centra en una inevitable reorganización de la propiedad, en la atribución al órgano actuante de las superficies necesarias para equipamientos, en la necesidad de asegurar jurídicamente la realización del equipo urbano preciso para la creación del núcleo y, por último, en la conservación, mantenimiento y mejora de dicho núcleo.

A continuación recoge Arnáiz las ideas esenciales del Registro de la Propiedad y resalta su trascendencia en la gestión urbanística, que se concreta en el reflejo de los actos jurídicos motivados por la reordenación de la configuración de las parcelas, especialmente la expropiación forzosa y los expedientes de reparcelación y compensación; igual reflejo ha de tener la reorganización de las titularidades, según se trate de cada uno de los procedimientos dichos.

Por último, el Registro de la Propiedad sirve, mediante la afección de las fincas reparceladas, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de la urbanización relativas, tanto a la pura creación del equipo y su conservación para mantener la calidad del tejido urbano.

VI. *El sistema de compensación*.—Se caracteriza porque los propietarios incluidos en el perímetro entregan a la Administración de los terrenos de cesión obligatoria y realizan a su costa la obra de urbanización, con solidaridad de beneficios y cargos. Se expuso por Ramón Sastre Legido, asesor jurídico del Departamento de Planeamiento y Gestión Urbanística del Ayuntamiento de Valladolid. Detalla la constitución y funcionamiento de las Juntas de Compensación y los trámites desde el Proyecto hasta la ejecución total de la obra, resaltando las cargas resultantes para los propietarios de los terrenos afectados.

VII. *El suelo rústico bajo el prisma de la legislación urbanística*.—Este interesante y actualísimo tema es tratado por Albino López Torrecilla, Jefe del Servicio Territorial de Fomento de la Junta de Castilla y León. El suelo no urbanizable suele ser objeto de especulaciones y ambiciones, y de ahí la importancia de su delimitación y defensa. El autor reseña la normativa al respecto, haciendo un ensayo de estudio multidisciplinar para la ordenación del territorio y una detallada relación de posibilidades y limitaciones del suelo rural.

VIII. *Actuación de los principios de subrogación real y tracto sucesivo en las reparcelaciones urbanísticas*.—César García-Arango y Díaz Saavedra, Registrador de la Propiedad de Oviedo, parte de la idea de que la reparcelación urbanística utiliza la técnica de la subrogación real y recae sobre bienes inmuebles, y de ahí su trascendencia registral. Estudia los aspectos doctrinal y normativo de la subrogación real, así como sus excepciones, para ponerla después en relación con el principio registral del tracto sucesivo, regulado en la legislación hipotecaria, pero no en la urbanística. No obstante, existe la remisión general del artículo 101.2 de la Ley del Suelo y las normas del artículo 102 del Reglamento de

Gestión que tratan de dejar a salvo el tracto registral. Con estas bases, García-Arango ensaya con certeras ideas la coordinación de la subrogación real y el tracto sucesivo en el aspecto registral.

IX. *Urbanizaciones ilegales de segunda residencia*.—El Arquitecto del Departamento de Planeamiento y Gestión Urbanística del Ayuntamiento de Valladolid, Santiago Calvo Alonso-Cortés, incide en este punto de los problemas de la invasión incontrolada del suelo rústico mediante construcciones y otros usos no característicos.

Señala la magnitud del fenómeno, las características de estas construcciones y las implicaciones de esta invasión sobre el medio rural, especialmente en los precios de las parcelas, para terminar destacando los aspectos de la legalidad y legalización y la necesidad de aportar soluciones al urbanismo incontrolado.

X. *Reparcelaciones de fincas en el Registro de la Propiedad*.—La última ponencia corrió a cargo de Martín Marcos Jiménez, Registrador de la Propiedad de Alicante, que hace una minuciosa recopilación de las normas tanto nacionales como autonómicas existentes sobre el particular, así como de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se ocuparon del tema.

Con estas breves normativas, Marcos Jiménez estudia la división de terrenos y el núcleo de población, para entrar después en el tema más importante profesionalmente, que es la calificación registral de estos actos, llegando a sintetizarla en las siguientes conclusiones:

a) Las divisiones y segregaciones en suelo no urbanizable no están sujetas a licencia.

b) Las parcelaciones ilegales lo son a efectos urbanísticos.

c) La operatividad registral ante la falta de licencia. El ponente, tomando como base la Ley catalana de 1981, entiende que es posible la inscripción, con la advertencia expresa que señale la falta de su aportación. Por nuestra parte, hemos de señalar que tan fácil solución no es posible en Madrid, donde rige la Ley de Disciplina Urbanística de 1984, cuyo artículo 14 prohíbe toda inscripción sin licencia.

Como *Comunicaciones* aportadas a las Jornadas, en el libro se recogen las siguientes:

— “Informe de la Delegación del Colegio de Registradores de la Propiedad en Cataluña sobre el anteproyecto de Ley de las urbanizaciones de Derecho privado”, por Pedro Avila Navarro, Registrador de la Propiedad de Barcelona y Director del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña.

— “Urbanismo y Registro de la Propiedad en la Comunidad de Madrid”, por José Antonio Nortes Triviño, Registrador de la Propiedad de Madrid y otro de nuestros especialistas en el tema.

— “Comunidad Autónoma de Andalucía. Algunos aspectos de su normativa urbanística”, por Antonio Manzano Solano, Registrador de la Propiedad de Córdoba.

Las tres comunicaciones aportan interesantes datos y denotan la gran altura profesional de sus autores.

LÓPEZ MEDEL, JESÚS: *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*. Tesis doctoral. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 3.<sup>a</sup> edición, en facsímil. Imprenta San José, Madrid, 1991. Un tomo de 311 págs.

Este fue uno de los primeros libros sobre materia registral que pude leer tranquilo, ya siendo Registrador y a poco de entrar en la profesión. Porque antes, y para conseguir la ansiada plaza, ocioso es decir que fue preciso no sólo leer, sino estudiar y machacar a fondo, con los nervios de punta, un montón de otros libros, encabazados por la obra central de *Derecho Hipotecario* de ROCA SASTRE.

Por eso, ya con el nombramiento en el bolsillo, daba gusto leer sin agobios, y más cuando el nuevo libro tenía el suficiente fondo para interesarnos.

Y así leí y acoté esta tesis doctoral de Jesús López Medel, que después hube de releer, fichar y citar a la hora de redactar mi propia tesis, también sobre materia registral, ceñida a la esfera agrarista. Con Jesús, actual Registrador de Majadahonda, me une, además de este paralelismo doctrinal, el compañerismo y la amistad, ésta reforzada por nuestros comunes afanes en el campo agrarista, un *hobby* nada productivo por cierto, sino más bien costoso, pero apasionante.

El Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores ha tenido el acierto de reimprimir esta obra, escrita originariamente en 1957 y que sigue de actualidad. Otro acierto es conservar íntegro su texto y aun su formato, pues se ha editado en facsímil.

Se podría opinar que habiendo transcurrido tanto tiempo, con cambio de algunas cosas y aparición de otras nuevas, hubiera sido preferible quizá hacer más bien una nueva edición puesta al día o complementada con las adiciones precisas. Pero creo que es mejor así, y no por simple inmovilismo; en principio, lo que dijo López Medel en 1957 es perfectamente válido treinta y cuatro años después, y todo retoque podría ser, al menos, inoportuno.

Hace poco he visto otra edición en facsímil del libro *Derecho Civil de España*, del profesor don FEDERICO DE CASTRO, que me trasladó a bastantes años atrás, hasta aquel tomo que tanto nos hizo sudar en los tiempos juveniles de la Facultad de la calle de San Bernardo y que ahora nos parece una obra perfecta. Fijense lo que han cambiado las cosas desde entonces: lo que decía don Federico, anatematizando los derechos forales, hoy sonaría a herejía imperdonable en los ambientes autonómicos; pero si eso se hubiera corregido en la nueva edición, el libro ya no hubiera sido tal; no sería el "Castro" de recuerdos imborrables.

Así que aquí está la tercera edición de la tesis doctoral de Jesús López Medel. En su día se harían los correspondientes comentarios, y no es cosa de que ahora me ponga a reproducirlos o enmendarlos. No trato comentar de nuevo el libro. Lo único que quiero es dar noticia de su reaparición, que será una novedad para las recientes generaciones de Registradores y "Registradoras-majas", a quien el autor dedica esta edición, para que éstos lean el libro y nos digan si reaccionan como algunos lo hicieron allá por la primera edición.

Porque hasta entonces había predominado la idea intangible de que el Registro era una institución civilista, sólo adecuada a derechos privados, principalmente para proteger a sus titulares y, todo lo más, para basar el tráfico jurídico civil de las fincas.

Pero López Medel en este libro nos mostró un Registro que "también" es un servicio público en cuanto que puede tener además miras sociales. En su parte preliminar estudia la acción administrativa en general y contempla cómo el Registro de la Propiedad actúa en la realización del Derecho y en la parte general

entra en la teoría del servicio público para considerar al Registro como tal, contemplándolo como institución, como oficina pública y como conjunto de libros, mirado tanto desde la doctrina como desde la legislación española y comparada. Y ya en la parte especial desmenuza el concepto, los elementos y los caracteres del Registro como servicio público, deteniéndose en analizar las facetas de la publicidad inmobiliaria como sostén de la seguridad jurídica y, en consecuencia, entrando en el carácter que debe tener la inscripción en el *iter* traslativo de los derechos reales sobre inmuebles.

Quizá por el hecho de que la tesis fue dirigida por un Catedrático de Administrativo y porque se le otorgase en la Universidad el Premio Gascón y Marín, junto con su llamativo título, algunos pensaron que López Medel contemplaba el Registro desde un prisma exageradamente administrativista, lo que suponía una cierta herejía para los Registradores, hasta entonces amamantados casi exclusivamente en fuentes del más puro civilismo.

La realidad jurídica de los nuevos tiempos ha venido a dar la razón al autor, pues si ya entonces se contemplaba una faceta social que asomaba en las leyes de colonización, concentración parcelaria y unidades mínimas de cultivo, ahora la invasión de la esfera administrativa es completa con la normativa del urbanismo.

El Registro de la Propiedad fue, es y será la base insustituible del tráfico de inmuebles, prestándole una seguridad insuperable; con ello protege a los titulares. Pero también los protege, a ellos y a los futuros adquirentes, de las limitaciones, reglas, ordenaciones, planes y demás trampas que podrían sorprenderles si no se reflejasen debidamente esas regulaciones o normas insospechadas que a veces surgen de la más recóndita covachuela municipal.

Para los titulares que se benefician de la publicidad y para la sociedad en general que puede basar sus realizaciones y asegurar los actos ordenadores del territorio, rústico o urbano, ahí estará siempre el Registro, en este caso como auténtico servicio público.

Relean los de mi época y lean los de las nuevas generaciones este libro reeditado de LÓPEZ MEDEL, y verán cómo se explica que se agotasen las dos ediciones anteriores y haya tenido que aparecer otra, por lo que felicitamos al Colegio de Registradores y también, y muy especialmente, al autor.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ: *Los impuestos indirectos sobre el tráfico jurídico*, Editorial Bosch, Barcelona, 1990. Un tomo de 667 págs.

Creo que fue OSCAR WILDE el que dijo que en esta vida hay dos cosas que ningún hombre puede eludir: la muerte y los impuestos. La primera cosa es obvia, aunque con los antibióticos, dicen que se ha conseguido retrasarla un tanto, en términos generales.

En cuanto a pagar los impuestos, no se han encontrado aún ni moratorias ni prórrogas que valgan. Cuando la Administración tributaria lo ordena, y dentro del plazo precisamente, el contribuyente no tiene más remedio que dar la "lana", por muchos balidos que entone. A vuelta con las citas célebres, creo que fue NAPOLEÓN el que dijo que si los ciudadanos reclaman contra los impuestos es señal de que los pagan, que es, en definitiva, lo único que importa al Erario.

Esta retahíla de ironías, tan doloridas como inútiles, viene como cabecera de presentación de otro libro, documentado como todos los suyos, que ha escrito el Registrador de la Propiedad JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ. El autor es bien conocido de nuestros lectores por los numerosos trabajos que lleva publicados en esta Revista y fuera de ella sobre diversas materias jurídicas, pero especialmente sobre la tributaria. Como Registrador es Liquidador en activo de los impuestos que han derivado del clásico de derechos reales, siendo un acreditado especialista y un profundo estudioso de las cuestiones que se derivan de esta rama. Al final de este libro se relacionan las diversas publicaciones jurídicas de José Menéndez en una impresionante lista de nada menos que ¡ciento cincuenta y ocho títulos!, que ya es decir. Y aún han aparecido algunos otros, con lo que dicha lista continúa abierta.

La materia tributaria es árida y un tanto antipática por sí. No se presta demasiado al comentario porque la Ley es la Ley y las normas fiscales son casuísticas y más bien terminantes, dejando poco espacio para elucubraciones y comentarios. Pero José Menéndez sabe sacar punta a sus preceptos, y como bien nos dice, aun ciñéndose a la Ley, debe existir total libertad a la hora de comentarla. "In lege, unitas; in opinionibus, plena libertas". Así lo ha escrito en la cabecera del libro y lo ha puesto también en algún otro trabajo para, a continuación, demostrar con hechos que se puede y se debe opinar de adverso sobre las leyes fiscales, haciéndolo además con indudable acierto y apreciables razones. El mismo lo explica diciendo que como funcionario se ve compelido a aplicar sin excusas las leyes vigentes, aunque sus normas le puedan parecer erróneas; la única salida que tiene es la de criticarlas, resaltando sus impurezas, con la esperanza de que puedan ser modificadas en el futuro, para así paliar los conflictos entre dichas normas y las respuestas de la realidad social.

El libro se compone de cuatro partes, dedicando la primera al estudio de la coordinación de todos los impuestos indirectos; la segunda, exclusivamente al IVA; la tercera, a los demás impuestos indirectos; para terminar con la cuarta, donde estudia las infracciones y sanciones.

*Primera parte.—Coordinación entre todos los impuestos indirectos sobre el tráfico jurídico.*—Comienza justificando el estudio conjunto del ITP y del IVA en el hecho de que su vigencia coetánea plantea arduos problemas a la hora de calificar las figuras sujetas a cada uno de estos tributos, ya que la materia imponible es la misma. El IVA grava las entregas de bienes y las prestaciones de la actividad empresarial a título oneroso en el desarrollo de la actividad empresarial de los sujetos pasivos. Pero esta nómina de sujetos pasivos parece calcada del artículo 7 del Reglamento del ITP, y es porque, objetivamente, ninguna diferencia existe entre ambos tributos en una panorámica global, ya que proceden del viejo Impuesto de Derechos Reales; aunque el IVA nos haya llegado como "regalo" por la imposición de nuestros socios europeístas.

Con todo, Menéndez se esfuerza en encontrar las posibles diferencias subjetivas y objetivas. Para que el acto esté sujeto al IVA se precisa que lo realice un empresario o un profesional; en todos los demás casos actúa el ITP. Sin embargo, esta delimitación subjetiva no se da al tratarse de importaciones de bienes, siempre gravadas con el IVA, sin consideración al sujeto. En cuanto a las diferencias objetivas, el ITP grava *todas* las transmisiones onerosas de bienes y derechos, mientras que el IVA sólo afecta a *una parte* de esas transmisiones, las realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad propia.

A continuación hace una detallada relación de cuáles son las transmisiones

de bienes inmuebles que están sujetas al IVA y al ITP, con estudio de los respectivos preceptos aplicables. Analiza la coexistencia de ambos impuestos a través de los actos sujetos, acusando la posibilidad de una doble imposición, contraria al principio básico de que cada acto sólo debe estar sujeto a un impuesto; sin embargo, ahí está el párrafo 2 del apartado 5.º del artículo 7 del Reglamento de ITP según el cual “quedarán sujetos al ITP las entregas o arrendamientos de bienes inmuebles cuando gocen de exención en el IVA”, lo que critica el autor con toda razón.

*Segunda parte.—El Impuesto sobre el Valor Añadido.*—Aquí se hace un estudio completo y pormenorizado de este impuesto, empezando por la delimitación del hecho imponible, no demasiado claro en la Ley reguladora, aunque Menéndez hace encaje de bolillos al examinar los diversos supuestos de entrega de bienes y prestaciones de servicios y otras operaciones asimiladas, examinando también el factor subjetivo de la cualidad empresarial o profesional de los actuantes. También estudia aquí las exenciones del IVA en operaciones interiores, especialmente en los seguros, en las operaciones financieras y en las distintas actuaciones inmobiliarias bonificadas. El devengo de este impuesto y el estudio del sujeto pasivo preceden al análisis de la base y del tipo impositivo, para terminar con una fuerte crítica de las que el autor llama “deducciones inviables” al estudiar los supuestos de deducción que la Ley contempla.

*Tercera parte.—Los demás impuestos indirectos.*—Aquí Menéndez expone, en tres secciones separadas, la sistemática y crítica del ITP, de las operaciones societarias y de los actos jurídicos documentados, analizando sus respectivos contenidos, hecho imponible, base, cuota tributaria y reglas especiales. En la sección 4.ª analiza las disposiciones comunes a estos tres impuestos, en especial los beneficios fiscales, la comprobación de valores, el devengo, la prescripción y el fraccionamiento del pago. Y en la sección 5.ª, dedicada a los procedimientos especiales, comprende las materias de las devoluciones y la autoliquidación.

*Cuarta parte.—Infracciones y sanciones.*—Aquí Menéndez se muestra hiper-crítico con el hecho de que haya dos leyes, con diferencia de tres días, las de 26 y 29 de abril de 1985, reguladoras de los delitos contra la Hacienda Pública y de las infracciones tributarias, respectivamente, que pueden originar problemas de antinomia evidente y hasta poner en entredicho su eficacia normativa al anularse entre sí.

Después de transcribir los preceptos paralelos de ambas leyes, con identidad de supuestos y diversidad de sanciones, dice el autor que “nos asombraremos de la transmigración de los preceptos, pero sin metempsicosis, sin nirvana, sin cielo tributario, sino con la defenestración en las cimas tenebrosas del infierno de las multas confiscadoras”. Insiste en la imposibilidad de aplicar las dos leyes, pues podría vulnerarse el derecho básico que tiene toda persona a la igualdad jurídica. Si la infracción de no llevar contabilidad es enjuiciada por los Tribunales se calificará como delito, siendo sancionada con multa de 500.000 a un 1.000.000 de pesetas y pena privativa de libertad; pero si se corrige por la Administración podría tan sólo ser reprimida con una simple multa de 25.000 pesetas. Conjugando el Código Penal y la Ley especial, Menéndez estudia toda esta materia de las infracciones y de las sanciones consiguientes.

El libro termina y se completa con dos adendas que contemplan el arrendamiento de industria y los aumentos de capital de las sociedades que están exentos del impuesto societario.

En resumen, un libro completo y utilitario, diría que indispensable, sobre todo para los liquidadores que regentan oficinas de distrito. Aquí pueden encontrar respuesta a las numerosas cuestiones que se presentan a diario. Es aconsejable tener este libro a mano para poder consultarlo con frecuencia.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

LAYANA LÁZARO, LUIS: *Las deficiencias en la tramitación y formación de los planes de ordenación urbana en la jurisprudencia*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, 577 págs.

La promulgación de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, ha puesto de viva actualidad todo lo referente a la propiedad urbana.

No hay más que ver la enorme proliferación de simposios, mesas redondas, seminarios y conferencias que se han celebrado, amén de los artículos y libros aparecidos sobre la materia, señal evidente de que no sólo se trata de cuestiones doctrinales o teóricas, sino que es algo en lo que se juegan intereses muy importantes.

Por una parte, las Comunidades Autónomas han levantado el grito alegando que el Estado pisa sus ámbitos propios, y creo que no faltarán recursos de inconstitucionalidad. Pero no vamos a entrar ahora en estos quisquillosos pujos competenciales, los cuales se dilucidarán en su día por el órgano adecuado.

El aspecto que destacamos es el de la discutida constitucionalidad de las normas de esta nueva Ley en cuanto que puedan rozar abiertamente el respeto a la propiedad privada que proclama el artículo 33 de la misma Constitución.

La verdad es que la Ley del Suelo en sus dos redacciones de 1956 y 1975 ya había recortado un tanto las facultades del dominio urbano, dándoles un fuerte tinte administrativo. Pero es que la Ley nueva, según opinan varios acreditados autores, supone una entrada bastante mayor en el ámbito privado, de tal modo que el propietario del suelo casi queda convertido en un mero concesionario. Ya no puede (¡pobre art. 348 CC!) usar y disponer de su cosa *sin más* limitaciones que las determinadas por la Ley. Es que ahora las limitaciones no son lo excepcional, sino lo prevalente y normal. Y lo que es peor, las limitaciones no sólo pueden nacer de la Ley, con mayúscula y bajo su única e inapelable garantía, sino que a veces pueden venir de planes, estudios y acuerdos aislados que toman órganos administrativos de simple categoría municipal, no siempre respetuosos con las normas que dicen aplicar.

Así, faltando los presupuestos básicos, por descuido o desinterés, a veces se dañan gravemente los legítimos derechos de los titulares del suelo, que ya ni nos atrevemos a llamarles propietarios, pues es palabra considerada nefanda. Si leemos el preámbulo de la nueva Ley, parece que sólo los dichos propietarios del suelo tienen la culpa del encarecimiento de la vivienda, y en su primer párrafo aparece la infamante censura: "especulación". Resulta chocante que los comerciantes en general y los constructores en particular puedan vender sus productos fijando los precios libremente, según el juego de la oferta y la demanda, lo que se considera lícito en un sistema de libre mercado. En cambio, si se trata del factor suelo hay que valorarlo, menoscarlo y molerlo a licencias,

permisos y limitaciones..., porque es un potencial y peligroso origen de especulaciones al que hay que vigilar muy de cerca.

No sé si lo que acabo de decir se ajusta a la realidad o puede ser tildado de exagerada caricatura, pero lo cierto es que la nueva Ley ha venido a agudizar un tanto el Estado de esta cuestión multiplicando las limitaciones y los riesgos de los sufridos propietarios.

Se dirá que las normas están para cumplirlas y que el ordenamiento jurídico da a los interesados los resortes para defender sus posturas que sean razonables. Es cierto, y la prueba está en la enorme labor que la jurisprudencia viene desempeñando en la esfera del urbanismo y a la que se refiere nuevamente este libro que vamos a comentar.

Decimos "nuevamente" porque el autor, LUIS LAYANA LÁZARO, Arquitecto que conoce y profesa muy de cerca estas cuestiones, ya publicó en 1987 otro libro titulado *Conceptos urbanísticos fundamentales sobre el suelo urbano en la jurisprudencia*, que fue objeto de comentario en estas mismas páginas. Entonces hubimos de expresar un merecido elogio, ya que, en efecto, había recogido un material muy interesante, recopilando y sistematizando la jurisprudencia sobre el suelo urbano y los distintos conceptos básicos empleados en su ordenación.

Ahora se centra en un tema más concreto que son los planes de ordenación, los cuales tienen importancia capital en cuanto delimitan los perímetros de actuación y los avatares posteriores, con toda la serie de decisivas consecuencias que comportan para el suelo afectado.

Pese a que del inicio de este comentario pudiera colegirse que somos contrarios a las ordenaciones urbanísticas, es preciso reconocer que el suelo, como bien escaso y necesario para construir otro elemento ineludible que es la vivienda, ha de estar regulado en aras de la función social indiscutible de la propiedad.

Y aquí está el quid de la balanza jurídica. Que realmente sean necesarios los planes de ordenación, que sólo afecten a las tierras adecuadas, que se respeten los derechos legítimos de los propietarios, que se distribuyan con justicia las cargas de la urbanización, que no se haga nada a espaldas de los interesados y que no se cometan actos de los que en lenguaje popular se califican de cacicadas.

Todo está previsto en las normas, y lo deseable es que esas normas se cumplan... Pero hay veces en que no resulta así. Y la prueba está en este libro interesante que ahora presentamos, en el cual el autor, desde su atalaya en un organismo urbanístico encargado del control preciso de aprobación de planes, nos apunta las deficiencias, errores o vicios que a veces existen en su tramitación.

Estos errores, nos advierte el autor, pueden provenir tanto de la parte técnica como de la jurídico-administrativa, y a veces pueden ser tan graves que producen la nulidad de las actuaciones, con la pérdida de tiempo que ello supondría.

Bien empleada sería esa pérdida de tiempo, añadimos por nuestra parte, si con ella se corrigen anomalías o injusticias que hubieran podido dañar legítimos derechos o expectativas de los interesados presentes o futuros. Ojalá que los Ayuntamientos o los órganos actuantes lleguen al deseable grado de perfección en la elaboración y trámite de los planes propuestos para que pueda obtener siempre no sólo la aprobación administrativa del órgano superior, sino además el beneplácito y el agradecimiento de sus administrados, lo que sería, por supuesto, mucho más importante.

Las sentencias se resumen y agrupan en nueve capítulos, y como entrada de cada uno de ellos el autor da unas certeras pinceladas que concretan la materia

objeto de su contenido, centrando las cuestiones más importantes, para resaltar las ideas que conviene contemplar con mayor atención.

Dichos capítulos son:

- I. Naturaleza normativa de los planes de ordenación.
- II. La impugnación indirecta: qué es y para qué sirve.
- III. Actos preparatorios: los avances y anteproyectos.
- IV. Actos preparatorios: la suspensión de la tramitación del otorgamiento de licencias urbanísticas.
- V. El acto de aprobación inicial de los planes de ordenación urbana públicos y privados. Causas para su desaprobación.
- VI. El acto de aprobación provisional. Causas para su desaprobación.
- VII. La suspensión de la aprobación definitiva: sus causas. Alcance de las modificaciones sustanciales. Motivos para una nueva exposición pública.
- VIII. El acto de aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana. Atribuciones del órgano competente.
- IX. La aprobación definitiva de los planes de ordenación obtenida por silencio administrativo positivo.

En la presentación, a cargo de don Fernando Romero Saura, Catedrático de la Universidad, se dice con toda verdad que se explica el acertado tratamiento metodológico del trabajo, seleccionando las sentencias más significativas, con un análisis que se efectúa, en donde el autor sabe resaltar aquellos pronunciamientos que aportan nueva luz sobre las cuestiones que trata. El tino con que el autor realiza esta disección conceptual pone de relieve su amplio conocimiento sobre el panorama urbanístico actual.

Nuevamente hemos de felicitar al autor por esta obra, con la cual, como en la anterior, contribuye a que los técnicos urbanistas y los funcionarios de las Administraciones municipales encargados de la redacción y control de los proyectos conozcan mejor aún los pasos de los instrumentos urbanísticos hasta conseguir su perfección y la aprobación definitiva.

Como final, repetiremos que Luis Layana Lázaro es un técnico que, trabajando en el ámbito de la ordenación territorial, demuestra conocer sus aspectos jurídicos y dominar perfectamente su normativa. Creo sinceramente que con este libro conseguirá su propósito de orientar a quienes intervienen en los distintos escalones de la planificación urbanística.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS



# REVISTA DE REVISTAS



## REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 555 (Diciembre 1990)

"Posesión y usucapión de bienes hereditarios en el Derecho civil de Cataluña. Ambito de aplicación del Código Civil en esta materia", por ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, pág. 8671.

"Notas para un estudio histórico-crítico de los contratos entre cónyuges", por GABRIEL BUIGES OLIVER, pág. 8689.

"En el centenario: Charles de Gaulle y su Constitución", por JOSÉ M.<sup>a</sup> MARTÍNEZ VAL, pág. 8757.

## REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Diciembre 1990)

"La responsabilidad que se puede contraer por los daños causados por las cosas inanimadas que se tienen —*ad custodiandum*— en circunstancias determinadas", por LUIS PASCUAL ESTEVILL, págs. 967-982.

"Sobre la *usucapio libertatis* de los bienes materiales", por MANUEL LOBATO GARCÍA, págs. 983-992.

"Extraterritorialidad y derecho de la competencia: nuevos datos sobre el llamado *test* de efectos", por F. J. ZAMORA CABOT, págs. 993-1012.

(Febrero 1991)

"El ejercicio de la acción civil ante la jurisprudencia civil en supuesto de accidentes de circulación vial (perspectiva de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, disposición adicional 1.<sup>a</sup>)", por JAIME SANTOS BRIZ, págs. 83-93.

"El problema del ejercicio de actividades económicas por las fundaciones", por MARÍA TERESA CARRUNCHO HERRERO, págs. 94-117.

## REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Núms. 137-138 (Julio-Diciembre 1987)

(III Jornada Notarial Iberoamericana. Palma de Mallorca, 1987. Tema I: "Cumplimiento de las obligaciones ajustadas a la devaluación monetaria").

"Cláusulas de estabilidad" (Ponencia de la República Argentina), por JOSÉ M.<sup>a</sup> RODOLFO ORELLE, pág. 15.

- "Cumplimiento para las obligaciones ajustadas a la devaluación monetaria" (análisis del tema en Guatemala), por JUAN VIRGILIO ALVARADO H., pág. 75.
- "Cumplimiento de obligaciones ajustadas a la devaluación monetaria", por JUAN JOSÉ CASIELLO, pág. 87.
- "La función notarial frente al fenómeno inflacionario y sus medios de corrección", por NÉSTOR OSVALO GÓMEZ, pág. 97.
- "Cumplimiento de las obligaciones ajustadas a la devaluación monetaria". Panorama del Derecho uruguayo", por CARLOS LÓPEZ FERNÁNDEZ, pág. 191.
- "Aspectos éticos y jurídicos del deber notarial de asesoramiento", por JOSÉ JAVIER CUEVAS CASTAÑO, pág. 225.
- "La actividad documental de los monjes de Sant Gallen de los siglos VIII al XII", por ANGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, pág. 247.
- "El Tesoro en el Derecho indiano", por EMMA MONTANOS FERRIN, pág. 285.
- "Notariado y sociedad: el liderazgo social del Notario", por JOSÉ M.<sup>a</sup> SEGURA ZURBANO, pág. 303.

### Núm. 139 (Enero-Marzo 1988)

- "Circunstancias y destino del pago", por ANGEL CRISTÓBAL MONTES, pág. 7.
- "El uso del testamento en la ciudad de Oviedo, 1650-1840", por ROBERTO J. LÓPEZ LÓPEZ, pág. 93.
- "La multipropiedad", por ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, pág. 125.
- "Función notarial y protocolo", por JOAQUÍN DE PRADA GONZÁLEZ, pág. 183.
- "La *potestas alienandi* en el Derecho Romano clásico", por MARÍA VICTORIA SANSÓN RODRÍGUEZ, pág. 227.
- "Los préstamos y el interés variable", por JOSÉ M.<sup>a</sup> SEGURA ZURBANO, pág. 339.
- "Adquisición a título oneroso de bienes por un cónyuge, sociedad de gananciales y Registro de la Propiedad", por VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA, pág. 367.
- "Las cláusulas de estabilización en la legislación de arrendamientos urbanos y la reconducción tácita", por ENRIQUE BRIOSO ESCOBAR, pág. 13.
- "Influencia del Derecho público sobre el Derecho de contratación", por JOSÉ MANUEL DE LA CRUZ LAGUNERO y FRANCISCO CUENCA ANAYA, pág. 77.
- "Estudio histórico en torno a la suerte de los bienes donados por razón de matrimonio al finalizar la sociedad conyugal. Desde el más antiguo Derecho Romano hasta la reforma de 1981 en el Código Civil actual", por MARÍA ISABEL NÚÑEZ PAZ, pág. 205.
- "La tutela y la guarda de menores por las entidades públicas. El acogimiento. La adopción", por JOSÉ LUIS PASCUAL ESTEBAN, pág. 261.
- "Matrimonio como negocio jurídico simple o contrato puro: distintos supuestos de resolución", por TOMÁS RAMOS OREA, pág. 283.
- "Algunas reflexiones acerca de la capacidad de los menores para aceptar donaciones", por FRANCISCO J. CANTERO NÚÑEZ, pág. 315.

### Núms. 141-142 (Julio-Diciembre 1988)

- "Viejos papeles (divulgaciones sobre un título notarial del trienio constitucional)", por MANUEL ANDRINO HERNÁNDEZ, pág. 7.

- "El Derecho, ¿es investigable?", por JOSÉ IGNACIO CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, pág. 19.
- "El ejercicio de la fe pública por diplomáticos", por AURELIO DIZ GÓMEZ, pág. 45.
- "La protección de las partes contratantes mediante la intervención notarial en las fases preliminares del contrato de compraventa", por LUIS ROJAS MONTES y otros, pág. 95.
- "Exclusión y limitaciones del poder de disposición en el Derecho Romano clásico: prohibiciones legales de enajenar. Enajenaciones realizadas por incapaces", por MARÍA VICTORIA SANSÓN RODRÍGUEZ, pág. 231.
- "Unión de hecho y separación de hecho", por ARMANDO TORRENT, pág. 287.
- "Problemas de representación en el Derecho internacional privado", por JOSÉ V. MARTÍNEZ BORSO LÓPEZ, pág. 319.
- "Jurisdicción voluntaria y función notarial", por JOSÉ MANUEL DE LA CRUZ LAGUNERO, pág. 335.
- "Posición jurídica de los profesionales, maestros, juristas y notarios hacia la contratación equilibrada y justa", por MANUEL BURDIEL HERNÁNDEZ, pág. 355.

### Núm. 143 (Enero-Marzo 1989)

- "El Derecho civil del siglo XXI", por JUAN ALVAREZ-SALA WALTER, pág. 7.
- "De nuevo sobre la metodología científica", por JOSÉ IGNACIO CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, pág. 35.
- "Una pseudogeminación en tema de hurto al acreedor por el esclavo pignorado", por RAFAEL DOMINGO, pág. 43.
- "Influencia en la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales", por ANTONIO FERNÁNDEZ-GOLFIN APARICIO y otros, pág. 51.
- "La narración y la fe en el documento", por ANGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, pág. 199.
- "El documento en el Código Civil", por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, pág. 225.

### Núm. 144 (Abril-Junio 1989)

- "Orden público y orden privado en el ordenamiento jurídico", por JOSÉ IGNACIO CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, pág. 7.
- "La responsabilidad del deudor en la estructura de la obligación", por ANGEL CRISTÓBAL MONTES, pág. 13.
- "Las escribanías de Indias y las castas", por JUAN B. OLAECHEA LABAYEN, pág. 41.
- "El Código Canónico", por MODESTO RECASENS GASSIO, pág. 53.
- "El papel del Notario en la constitución de las personas jurídicas", por ANTONIO VENTURA-TRAVERSE HERNÁNDEZ, pág. 87.
- "Las sociedades de responsabilidad limitada", por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, pág. 373.

### Núms. 145-146 (Julio-Diciembre 1989)

- "La representación orgánica y la representación voluntaria en el ámbito internacional", por MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ y otros, pág. 11.

- "Comentarios provisionales a las reformas del Derecho mercantil de 1989 (Sociedad Comanditaria por Acciones y de Responsabilidad Limitada y Registro Mercantil)", por VICENTE ESPERT SANZ, pág. 267.
- "El documento de censo en la Castilla del siglo XVI", por MARÍA AMPARO MORENO TRUJILLO, pág. 313.
- "Comentario al párrafo último del artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, según redacción dada por la Ley de 25 de julio de 1989", por VICENTE ESPERT SANZ, pág. 375.

## BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

Núm. 6 (Noviembre-Diciembre 1990)

- "En el centenario: De Gaulle y su Constitución", por JOSÉ M.<sup>a</sup> MARTÍNEZ VAL, pág. 7.
- "Los Tribunales Superiores de Justicia y los recursos de casación y revisión", por PEDRO GONZÁLEZ POVEDA, pág. 19.
- "La responsabilidad en la medicina intensiva", por JACOBO LEONIS, pág. 33.
- "La franquicia: su futuro inmediato", por JOSÉ M.<sup>a</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, pág. 51.
- "El control previo ejercido por la Comisión de Comunidades Europeas sobre las concentraciones de empresas de dimensiones comunitarias", por CARLOS ENRILE, pág. 57.

## REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 120 (Octubre-Noviembre-Diciembre 1990)

- "Límites de las competencias urbanísticas municipales en el dominio público hidráulico", por ENRIQUE LINDE PANIAGUA, pág. 17.
- "Reflexiones sobre el cálculo de aprovechamiento tipo en suelo urbano", por BERTA LILIANA BRUSILOVSKY y TERESA FRANCHINI, pág. 23.
- "Los estudios de mercado de bienes inmuebles", por SANTIAGO FERNÁNDEZ PIRLA, pág. 35.
- "Las facultades de proyección de los técnicos titulados tras la Ley 12/1986", por JOSÉ M.<sup>a</sup> FERNÁNDEZ PASTRANA, pág. 57.
- "Cálculo de los aprovechamientos tipo", por ENRIQUE PORTO REY, pág. 105.

Núm. 121 (Enero-Febrero 1991)

- "El régimen urbanístico del suelo en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo", por FRANCISCO PERALES MADUEÑO, pág. 13.
- "La Ley estatal 8/1990 sobre reforma de régimen urbanístico y valoraciones del suelo y la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas para definir el Estatuto de la Propiedad Inmobiliaria", por RAFAEL GIL CREMADES, pág. 41.

- "La Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y su incidencia en Cataluña", por AGUSTÍN BORRELL CALONGE, pág. 57.
- "Calidad del suelo y planificación territorial en el marco de la evaluación de impacto ambiental", por JOSÉ ALLENDE, pág. 83.

## REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

### Núms. 193-194 (Julio-Diciembre 1989)

- "El honor de un maestro mexicano del Derecho mercantil: Jorge Barrera Graf", por MANUEL OLIVENCIA, pág. 631.
- "Sobre la eficiencia del mercado de capitales. Una aproximación al *securities law* de los Estados Unidos", por JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, pág. 653.
- "El contrato de sociedad en el Derecho codificado español, con especial referencia al Código Civil", por JESÚS NICOLÁS MARTI, pág. 679.
- "Conocimiento de embarque y acción por pérdidas y averías: cuestiones de legitimación activa", por ANDRÉS J. RECALDE CASTELLS, pág. 721.
- "Tratamiento jurídico de la publicidad ilícita en el nuevo Derecho de la publicidad", por JOSÉ B. ACOSTA ESTÉVEZ, pág. 787.
- "Reflexiones sobre competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de mercados secundarios de valores", por EMILIO DÍAZ RUIZ, pág. 817.
- "La reforma de la legislación mercantil (Derecho de la competencia y Derecho de sociedades)", por JOSÉ M.<sup>a</sup> FRANCO GARCÍA, Ph. D., pág. 835.
- "Personalidad de las sociedades civiles y comerciales, tipicidad e inoponibilidad de la personalidad jurídica como extensión de la responsabilidad de socios o controlantes en el Derecho argentino", por EFRAÍN HUGO RICHARD, pág. 851.

## REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

### Núm. 70 (Octubre-Diciembre 1990)

- "El fenómeno español del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional", por JORGE DE ESTEBAN, pág. 7.
- "Autonomías y Comunidades Autónomas en España: Preferencias, dimensiones y orientaciones políticas", por JOSÉ RAMÓN MONTERO GIBERT y MARIANO TORCAL, pág. 33.
- "La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, pág. 93.
- "Aproximación al estudio de la identificación partidista en España", por PILAR DEL CASTILLO, pág. 125.
- "Algunas cuestiones sobre la constitucionalización de los partidos políticos", por JOSÉ LUIS GARCÍA GUERRERO, pág. 143.
- "El feminismo de la diferencia: Los argumentos de una igualdad compleja", por ANA RUBIO CASTRO, pág. 185.
- "La declaración de independencia americana de 1776 y los derechos del hombre", por MARÍA ANGELES APARISI MIRALLES, pág. 209.
- "Transición y represión política", por JUAN MANUEL OLARIETA ALBERDI, pág. 225.
- "Ley electoral y Tribunal Constitucional", por JOSÉ F. CHOFRE SIRVENT, pág. 263.

## REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL Y AUTONOMICA Núm. 249 (Enero-Marzo 1991)

- "La lucha contra el ruido", por FRANCISCO SOSA WAGNER, pág. 11.  
 "La licencia de edificaciones de la Ley 8/1990 sobre régimen urbanístico y valoración del suelo", por JOSÉ LUIS SÁNCHEZ DÍAZ, pág. 33.  
 "Deporte y Comunidades Autónomas: Aspectos competenciales de la Ley Estatal del Deporte", por JOSÉ A. RAZQUIN LIZARRAGA, pág. 61.  
 "Las retribuciones e indemnizaciones de los miembros de las Corporaciones Locales y el Derecho constitucional a la intimidad personal", por ANTONIO DOMÍNGUEZ VILA, pág. 81.  
 "Territorio y organización territorial en el artículo 2 del Estatuto gallego", por JOSÉ L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, pág. 85.

## REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA Núms. 8-9 (Diciembre-Abril 1989-90)

- "Aproximación a la categoría de confesión religiosa", por A. MOTILLA, pág. 7.  
 "La legislación justiniana y la reforma de las enseñanzas jurídicas", por G. R. DE LAS HERAS SÁNCHEZ, pág. 53.  
 "Utilización indebida de tarjetas de crédito y otros documentos", por E. M. FERNÁNDEZ GARCÍA, pág. 61.  
 "El juicio en ausencia y el recurso de anulación de la Ley Orgánica 7/1988", por A. P. RIVES SEVA, pág. 85.  
 "Las leyes orgánicas de delegación o transferencia a las Comunidades Autónomas: el artículo 150.2 de la Constitución", por L. HERRERA DÍAZ-AGUADO, pág. 115.  
 "Las aguas. Un motivo para delimitar la competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas", por A. DÍEZ MORENO, pág. 135.  
 "Diputados y Senadores: su igualdad ante la Ley", por F. GRANADOS CALERO, pág. 165.  
 "En los orígenes de la intervención parlamentaria en el nombramiento del Gobierno. El caso del Parlamento inglés", por M. REVENGA SÁNCHEZ, pág. 181.  
 "Las finanzas locales francesas frente al desafío europeo", por J. M. UHALDEBORDE, pág. 195.  
 "La reforma de los fondos estructurales en el campo educativo: el caso de Castilla-La Mancha", por A. IGLESIAS SUÁREZ, pág. 219.  
 "Sobre el concepto jurídico de derechos fundamentales", por L. PRIETO SANCHÍS, pág. 233.  
 "Por una jurisprudencia iberoamericana", por F. PUY, pág. 273.  
 "Perspectivas de la actual jusfilosofía latinoamericana", por C. FERNÁNDEZ SASSAREGO, pág. 289.  
 "Ciencia y política en el Derecho", por A. SQUELLA, pág. 301.  
 "La lectura jurídica y la construcción de inferencias en Derecho", por R. TAMAYO Y SALMORÁN, pág. 317.

- "Independencia del poder judicial, ideología y racionalidad jurídico-procesal", por R. CARRION WAN, pág. 329.  
 "Conceptualización de la teoría del Derecho como teoría ética", por J. ESPARZA BRACHO, pág. 341.

## REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

### Núm. 1 (1991)

- "La Ley de Censos de Cataluña", por LUIS JOU y otros, pág. 9.  
 "La reforma y adaptación de la Ley de Sociedades Anónimas a las Directivas de la Comunidad Económica Europea", por EDUARDO POLO, pág. 51.  
 "El interés general y el dominio privado de las aguas, en especial en el régimen transitorio de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985", por MONTSERRAT CABALLOL ANGRILL, pág. 97.  
 "La potestad sancionadora de la Administración y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: especial referencia a las Comunidades Autónomas", por JUAN SEBASTIÁN PINIELLA SORLI, pág. 127.

## REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

### Núm. 9 (Enero-Junio 1990)

- "La regulación de los procedimientos administrativos en la Ley de Defensa de la Competencia", por FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, pág. 13.  
 "Adopción y prohijamiento en el Derecho civil navarro (Comentario a las Leyes 73 y 74 del Fuero Nuevo)", por FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, pág. 61.  
 "La Junta de Cooperación", por MARTÍN M.<sup>a</sup> RAZQUIN LIZARRAGA, pág. 87.  
 "Antecedentes históricos del retracto gentilicio (Estudio paralelo de las fuentes castellanas y navarras)", por RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO, pág. 99.  
 "Obligaciones negativas incluidas en la Ley de Propiedad Intelectual", por MARÍA ANGELES EGUZQUIZA, pág. 151.  
 "La defensa en juicio de las Comunidades Autónomas", por FRANCISCO DEL RÍO MUÑOZ, pág. 165.  
 "El procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas en la Ley Foral 7/1989", por KEPA LARUMBE BIURRUN, pág. 181.  
 "Anotaciones sobre la caducidad de las licencias de obras", por HÉCTOR M. NAGORE SORABILLA, pág. 187.  
 "La contratación pública en el ordenamiento comunitario", por EZEQUIEL FERNÁNDEZ NAVAJAS, pág. 195.

## REVISTA DE DERECHO Y REFORMA AGRARIA DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

### Núm. 21

- "Treinta años de reforma agraria en Venezuela", por RAMÓN VICENTE CASANOVA, pág. 13.

- "La reforma agraria en América Latina", por RAMÓN VICENTE CASANOVA, pág. 43.  
 "Nuevo impulso legislativo a la reforma agraria mexicana", por LUIS PONCE DE LEÓN ARMENTA, pág. 53.  
 "Notas de presentación de una propuesta de nueva reforma agraria", por EVERARDO ESCARCEGA LÓPEZ y CARLOTA BOTEY ESTAPE, pág. 69.  
 "La reforma mexicana en la perspectiva de las poblaciones étnicas", por CARLOS DURÁN ALCÁNTARA, pág. 95.  
 "El poblamiento y ocupación del espacio desde una perspectiva histórica. El caso de la parroquia de Ejido", por NIRYA SUÁREZ DE PAREDES, pág. 103.  
 "Los contratos agroindustriales", por FERNANDO P. BREBBIA, pág. 117.

## REVUE DE DROIT UNIFORME

Núm. 1 (1989)

- "L'activité de l'Institut international pour l'unification du Droit privé (du 1er janvier au 31 décembre 1988)", por MALCOM EVANS, pág. 2.  
 "Les relations internes entre représenté et intermédiaire en matière de vente internationale de marchandises", por DIETRICH MASKOW, pág. 60.  
 "Note introductive à la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort", por GEORGES A. L. DROZ, pág. 213.

## BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Núm. 67 (Enero-Abril 1990)

- "Análisis de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente", por MARÍA DEL CARMEN CARMONA LARA, pág. 15.  
 "El *nasciturus*", por LISANDRO CRUZ PONCE, pág. 33.  
 "Alternativas para mejorar la administración de justicia", por LUIS M. PONCE DE LEÓN ARMENTA, pág. 65.  
 "El seguro de crédito de exportación en México", por ELVIRA ARCELIA QUINTANA ADRIANO, pág. 77.  
 "Los nuevos derechos emergentes en Italia: la representación femenil y las acciones positivas", por LAURA STURLESE, pág. 113.  
 "Derecho positivo y Derecho natural (algunos problemas lógicos de sus relaciones)", por ROBERTO J. VERNENGO, pág. 123.  
 "Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral española", por SANTIAGO BARAJAS MONTES DE OCA, pág. 139.  
 "La Ley soviética de 19 de noviembre de 1986 relativa al trabajo individual", por MONIQUE LIONS, pág. 151.

Núm. 68 (Mayo-Agosto 1990)

- "Trabajo formal y trabajo informal", por NÉSTOR DE BUEN LOZANO, pág. 403.  
 "Nueva tendencia de la personalidad internacional: hacia unos sujetos nuevos, hacia unos sujetos reales", por ANTONIO CANCHOLA CASTRO, pág. 421.

- "Jurisdicción voluntaria, juicios sumarios: las confusiones en la historia y su evolución. Posibles soluciones", por VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, pág. 477.  
"Informática jurídica y estado de derecho", por HÉCTOR FIX FIERRO, pág. 501.  
"La agencia mercantil", por SOYLA H. LEÓN TOVAR, pág. 519.  
"Contratación precaria", por CARLOS REYNOSO CASTILLO, pág. 537.  
"Sistema de partidos políticos y reforma electoral en Italia", por LAURA STURLESE, pág. 555.

## NOTICIAS C.E.E.

### Núm. 72 (Enero 1991)

- "La reforma de los Fondos Estructurales. Su especial significación para Galicia", por JUAN JOSÉ GALLEGO FOUZ, pág. 17.  
"La política común de pesca y la flota gallega", por JOSÉ RAMÓN GAMUNDI, pág. 31.  
"Galicia ante la política comunitaria de medio ambiente", por MARÍA TERESA PONTE IGLESIA, pág. 41.  
"La inserción de Galicia en un contexto externo y la adhesión de España a la Comunidad", por JULIO G. SEQUEIROS TIZÓN, pág. 57.  
"España y Portugal ante 1993: los países ibéricos y el Mercado Unico Europeo", por JOSÉ A. SOTILLO LORENZO, pág. 75.  
"El comercio bilateral entre España y Portugal: efecto de la integración de ambos países en la CEE", por RAMÓN VARELA SANTAMARÍA, pág. 85.  
"Problemas de aplicación del Derecho comunitario y conflictos de competencias", por DANIEL VARELA SUANCES-CARPEGNA, pág. 99.

### Núm. 73 (Febrero 1991)

- "Dotación de infraestructuras en el medio rural", por LUIS ANDREU RIERA, pág. 11.  
"La Ley de Agricultura de Montaña y las vías comunitarias sobre la materia", por JOSÉ M.<sup>a</sup> FERNÁNDEZ DEL MORAL, pág. 21.  
"La política comunitaria de investigación y desarrollo tecnológico en el sector agrario", por ANA MARÍA VÁZQUEZ LOSADA, pág. 27.  
"La política agraria de la CEE dentro del contexto de las negociaciones del GATT", por JULIÁN BRIZ, pág. 39.  
"El comercio exterior agroalimentario", por RAFAEL OSTA GÁMEZ, pág. 47.  
"Agricultura y política de medio ambiente en la CEE", por ANA M.<sup>a</sup> VÁZQUEZ LOSADA, pág. 57.  
"La protección jurídica del *software*", por EDUARDO GALÁN CORONA, pág. 67.

### Núm. 74 (Marzo 1991)

- "Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas", por VICTORIANO GONZÁLEZ POVEDA, pág. 11.

- "La Agrupación Europea de Interés Económico", por ALEJANDRO RODRÍGUEZ ALVAREZ, pág. 21.
- "La convergencia de las políticas presupuestarias en la unión económica y monetaria", por ALFONSO UTRILLA DE LA HOZ, pág. 25.
- "El sector eléctrico español en la Europa de 1993. Competitividad y eficacia", por EMILIO ZURUTUZA REIGOSA, pág. 31.
- "El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del Derecho comunitario europeo: Una nueva ordenación de las medidas cautelares. Comentario a la Directiva 89/665/CEE de 21 de diciembre de 1989", por JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO, pág. 35.
- "El control de las concentraciones de empresas de la CEE. Comentarios al Reglamento 4064/1989", por CARLOS F. MOLINA DEL POZO y MARÍA DEL CARMEN GUTIÉRREZ, pág. 41.
- "Los derechos de propiedad industrial en el marco comunitario. Perspectivas para la empresa española", por ALBERTO DE ELZABURU, pág. 49.
- "La protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores: Un nuevo sistema de protección para una nueva tecnología", por JOSÉ DANIEL VILA ROBERT, pág. 59.



