

La ordenación de los Registros e instrumentos públicos en la Constitución española de 1978 (*)

SUMARIO: Artículo 149.1.8.º de la Constitución española de 1978: I. *Antecedentes*: 1. Artículo 15 de la Constitución española de 1931.—2. Cataluña: a) Estatuto de Nuria de 1931.—b) Dictamen de la Comisión especial de Estatutos sobre el Proyecto de Estatuto de Cataluña.—c) Estatuto de Cataluña de 15 de septiembre de 1932.—3. Estatuto vasco de 4 de octubre de 1936.—4. Estatuto gallego de 1936.—5. Aragón: a) Anteproyecto de Caspe (junio de 1936).—b) Proyecto de Estatuto «de los cinco» (1936).—II. *Derecho comparado: Constitución alemana de 1949*.—III. *Elaboración del precepto constitucional de 1978*.—IV. *Los Estatutos de Autonomía posteriores a la vigente Constitución*: 1. Estatuto vasco de 18 de diciembre de 1979.—2. Estatuto catalán de 18 de diciembre de 1979.—3. Estatuto gallego de 6 de abril de 1981.—V. *Crítica general del sistema de fijación de competencias autonómicas de la Constitución de 1981*.—VI. *Sentido general de la expresión: «En todo caso, las reglas relativas a..., ordenación de los registros e instrumentos públicos...»*.—VII. *Extensión de la competencia estatal*: 1. Los registros públicos: a) Fundamento.—b) Registros a los que se refiere la reserva.—c) Establecimiento por las Comunidades Autónomas de registros especiales.—d) Aspectos de Derecho registral de posible competencia autonómica.—e) 1. El derecho de hipoteca, y 2. Los demás derechos reales.—2. Los instrumentos públicos: a) Fundamento.—b) Alcance de la reserva.—3. Notarios y Registradores en las Comunidades Autónomas.

ARTICULO 149, 1, 8.º, DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

8.º Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas

(*) Al doctor don MARIANO GÓMEZ-LAFUENTE y al profesor don FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, en recuerdo de sus tareas registrales.

a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

I. ANTECEDENTES

El verdadero antecedente del precepto constitucional que se comenta es el artículo 15, reglas 1.^a y 3.^a, de la Constitución española de 9 de diciembre de 1931. No obstante, se van a transcribir también los precedentes y textos (llegaran éstos a estar en vigor o no) de los Estatutos de autonomía de Cataluña, País Vasco, Galicia y Aragón; la razón de la contemplación de éstos es ver el desarrollo del artículo constitucional en las distintas autonomías y la regulación de las materias notariales y registrales en ellos.

1. ARTÍCULO 15 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1931

Corresponde al Estado español la legislación, y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias:

1.^a Legislación penal, social, mercantil y profesional, y en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España.

La ejecución de las leyes sociales será inspeccionada por el Gobierno de la República para garantizar su estricto cumplimiento y el de los tratados internacionales que afecten a la materia...

3.^a Eficacia de los comunicados oficiales y documentos públicos...

2. CATALUÑA

a) *Estatuto de Nuria de 1931* (plebiscitado positivamente antes de la aprobación de la Constitución de 1931)

Artículo 11. Corresponden al Poder de la República la legislación i a la Generalitat l'execució, en les funcions següents:

a) Legislació penal, mercantil, obrera i processal. Quant a la legislació civil, les formes legals del matrimoni i l'ordenació del Registre Civil... Artículo 13. «Correspondra a la Generalitat de Catalunya la legislació exclusiva i execució directa en les funcions següents: ... c) La regulació del Dret Civil i la legislació hipotecaria amb l'excepció assenyada a l'apartat a) de l'article 11... e) L'ordenació de l'exercici de la fe pública i els nomenaments de Registradors de la propietat i del notaris en el territori de Catalunya.»

b) *Dictamen de la Comisión especial de Estatutos sobre el Proyecto de Estatuto de Cataluña*

Artículo 9. «De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución, corresponde al Estado español la legislación y a la Generalidad la ejecución en las funciones siguientes:

1.^a Legislación penal, social, mercantil y procesal, y en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las diferentes legislaciones civiles.»

Artículo 11. «Corresponderá a la Generalidad la legislación exclusiva y la ejecución directa en las funciones siguientes:

b) La ordenación del Derecho civil y la legislación hipotecaria, con arreglo al párrafo primero del artículo 15 de la Constitución.»

c) *Estatuto de Cataluña de 15 de septiembre de 1932*

Artículo 5. De acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Constitución, la Generalidad ejecutará la legislación del Estado en las siguientes materias:

1.^a Eficacia de los comunicados oficiales y documentos públicos...

Artículo 11. Corresponde a la Generalidad la legislación exclusiva en materia civil, salvo lo dispuesto en el artículo 15, número 1, de la Constitución, y la administración que le esté plenamente atribuida por este Estatuto...

Conocerá, además, el Tribunal de Casación de Cataluña de los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo catalán que deban motivar inscripción en los Registros de la Propiedad...

Los Registradores de la Propiedad serán nombrados por el Estado.

Los Notarios los designará la Generalidad mediante oposición o concurso, que convocará ella misma con arreglo a las leyes del Estado. Cuando conforme a éstas deban proveerse las Notarías vacantes por concurso o por oposición entre los Notarios, serán admitidos todos con iguales derechos, ya ejerzan en el territorio de Cataluña, ya en el resto de España.

En cuantos concursos convoque la Generalidad serán condiciones preferentes el conocimiento de la lengua y del Derecho catalanes, sin que en ningún caso pueda establecerse la excepción de naturaleza o vecindad.

Los Fiscales y Registradores designados para Cataluña deberán conocer la lengua y el Derecho catalanes.

3. ESTATUTO VASCO DE 4 DE OCTUBRE DE 1936

Artículo 2.º Corresponde a la competencia del País Vasco, de acuerdo con los artículos 16 y 17 de la Constitución de la República, la legislación exclusiva y la ejecución directa en las materias siguientes:

b) 1.º Legislación civil en general, incluso en las materias reguladas actualmente por el Derecho foral, escrito o consuetudinario, y el Registro Civil. Todo ello con las limitaciones establecidas en el número 1.º del artículo 15 de la Constitución. 2.º Legislación notarial, incluido el nombramiento de Notarios, con sujeción a las reglas de provisión que rijan en el resto del territorio español.

El Tribunal Superior Vasco... conocerá de los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo vasco que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad.

4. GALICIA: ESTATUTO GALLEGO DE 1936

Artículo 14. Corresponde a la región gallega:

b) La legislación civil gallega, que podrá comprender todas las materias no reservadas al Estado en el artículo 15 de la Constitución.

c) La adaptación del Registro de la Propiedad y de la función notarial en Galicia, sin contradecir los principios que informan la legislación general.

El nombramiento de Notarios se hará por la región mediante oposición o concurso convocados por la misma y ajustados a las leyes de la República. A ellos serán admitidos todos los funcionarios del Cuerpo con

iguales derechos, pero dando preferencia a los que acrediten más perfecto conocimiento de la lengua y del Derecho regionales.

Los Registradores de la Propiedad que nombre el Estado para servir en Galicia deberán acreditar conocimiento de las leyes de la región, además de lo que preceptúa el último párrafo del artículo 4.º de este Estatuto.

Los funcionarios que se designen para actuar en la región deberán acreditar conocimiento de la lengua gallega.

5. ARAGÓN

a) *Anteproyecto de Caspe (junio 1936)*

Artículo 10. Corresponde al Gobierno de Aragón la legislación exclusiva en materia civil, salvo lo que dispone el número primero del artículo 15 de la Constitución, y la administrativa que le esté atribuida por este Estatuto...

El Tribunal de Casación de Aragón entenderá en última instancia:

a) En las materias civiles y administrativas, cuya legislación esté atribuida al Gobierno de Aragón.

b) En los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo aragonés, aunque motiven inscripción en el Registro de la Propiedad...

b) *El Proyecto de Estatuto «de los cinco» (1936)*

Artículo 29. La Sala de Justicia, constituida por el Justicia y sus Magistrados, tendrá las siguientes atribuciones...:

2.ª Conocerá en última instancia de los recursos sobre calificación de documentos por los Registradores de la Propiedad y contra la negativa de los Notarios a la autorización de escrituras, cuando se trate de Registros y Notarías del territorio y de la aplicación de preceptos de la legislación aragonesa...

Artículo 39. Corresponde a la región aragonesa la legislación exclusiva y la ejecución directa en las siguientes materias...:

c) Derecho civil, salvo lo dispuesto en el artículo 15, número uno, de la Constitución de la República...

Artículo 50. Los Jueces y Magistrados, los secretarios judiciales y el personal auxiliar de la Administración de Justicia (excepto los funcionarios de la Corte de Justicia), los Registradores de la Propiedad y los Notarios, serán nombrados por el Estado.

Antes de tomar posesión y dentro de los plazos posesorios y sus prórrogas, habrán de acreditar su conocimiento del Derecho aragonés: los Jueces, Magistrados y Registradores de la Propiedad, ante la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial de Zaragoza, y los Notarios, ante la Junta Directiva del Colegio Notarial de Aragón.

La Diputación de Aragón convocará, con arreglo a las leyes del Estado, oposiciones directas y libres para proveer las Notarías vacantes en el territorio de Aragón que correspondan a este turno de provisión (1).

II. DERECHO COMPARADO

Constitución alemana de 1949

Artículo 72. 1. En el plano de la legislación concurrente, los Estados tienen la facultad de legislar en tanto y en cuanto la Federación no haga uso de su facultad legislativa. 2. En este plano, la Federación tiene la facultad de legislar cuando exista la necesidad de reglamentación por ley federal en los siguientes casos....:

2.º Cuando la regulación de un asunto por ley de Estado pudiere afectar los intereses de otros Estados y los intereses generales. 3.º Cuando lo requiera el mantenimiento de la unidad jurídica o económica, especialmente el mantenimiento de condiciones de vida uniformes más allá del territorio de un Estado.

(1) Los antecedentes relacionados en el texto han sido tomados de las siguientes publicaciones: Los artículos relativos a la Constitución española de 1931 y a los Estatutos catalán y vasco de 1932 y 1936, de TIerno GALVÁN, E.: *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1936)*, Madrid, 1975. El Estatuto de Nuria y el dictamen de la Comisión especial de Estatutos sobre el Proyecto de Estatuto de Cataluña, se transcribieron de SALVADOR CODERCH, P., en la obra colectiva dirigida por ALBALADEJO, M., tomo XXVII, vol. 1.º, Madrid, 1981. El Estatuto gallego, se tomó del Estatuto de Autonomía para Galicia, 1936, Comentarios de CASTELAO, 1948, ed. facsímil, Madrid, 1976. El Anteproyecto aragonés de Caspe, del *Diario Aragonés* de 8 de julio de 1936, y el llamado «Estatuto de los cinco» (DOMINGO MIRAT, ANDRÉS GIMÉNEZ SOLER, FRANCISCO PALÁ MEDIANO, ANTONIO DE GREGORIO ROCASOLANO y FRANCISCO BERNAD PARTAGÁS), de un folleto editado por Imprenta Editorial Gambón de Zaragoza en 1936. Aunque sólo sea a pie de página, y en cuanto a los dos últimos documentos que se citan, he de agradecer al profesor don JOSÉ ANTONIO ARMILLAS VICENTE el haberme facilitado a distancia fotocopia cumplida de las dos citas de referencia.

Artículo 74. «La legislación concurrente abarca las materias siguientes: 1. El Derecho civil, el Derecho penal y el régimen penitenciario, la 'organización' judicial, el procedimiento judicial, el régimen de la abogacía, del notariado y del asesoramiento jurídico. 2. El estado civil. ... 18. Las transacciones inmobiliarias, el derecho del suelo y el régimen de los arrendamientos agrarios, de las viviendas, de las colonias y hogares» (2).

III. ELABORACION DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL DE 1978

El Anteproyecto de Constitución (B. O. C. 5 enero 1978)

Artículo 137. La regulación y administración de las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrá corresponder a los territorios autónomos en virtud de sus respectivos Estatutos. Las materias no asumidas expresamente en los respectivos Estatutos por el territorio autónomo se entenderán, en todo caso, como de competencia propia del Estado, pero éste podrá distribuir o transmitir las facultades por medio de una ley. Artículo 138. A los efectos de lo prevenido en el precedente artículo, se entienden como de la exclusiva competencia del Estado las siguientes materias: ... 7. Ordenación de los registros e hipotecas.

El informe de la ponencia (B. O. C. 17 abril 1978)

Artículo 141. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 8.º En todo caso, las reglas relativas a ordenación de los registros e hipotecas.

El dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso (B. O. C. 1 julio 1978)

... Artículo 143. 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 8.ª En todo caso, las reglas relativas a ordenación de los registros e hipotecas.

El Pleno del Congreso (B. O. C. 24 julio 1978) aprobó sin modificación alguna el citado artículo 143.

(2) La cita está tomada de ENTRENA CUESTA, R., en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980.

El dictamen de la Comisión del Senado (B. O. C. 6 octubre 1978)

Artículo 148. 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 8.^a La legislación civil común y la que regule los registros e instrumentos públicos.

El Pleno del Senado (B. O. C. 13 octubre 1978) aprobó las modificaciones propuestas por el dictamen de la Comisión al artículo 141.

IV. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMIA POSTERIORES A LA VIGENTE CONSTITUCION

1. ESTATUTO VASCO DE 18 DE DICIEMBRE DE 1979

Artículo 10. La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias:

5. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los territorios históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia.

6. Normas procesales y de procedimientos administrativo y económico-administrativo que se deriven de las especialidades del Derecho sustantivo y de la organización propia del País Vasco...

22. Colegios profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 36 y 139 de la Constitución. Nombramiento de Notarios de acuerdo con las leyes del Estado...

Artículo 12. Corresponde a la Comunidad Autónoma del País Vasco la ejecución de la legislación del Estado en las materias siguientes...:

3. Nombramiento de Registradores de la Propiedad, Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio. Intervención en la fijación de las demarcaciones correspondientes en su caso...

Artículo 14. 1. La competencia de los órganos jurisdiccionales en el País Vasco se extiende:

a) En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias del Derecho civil foral propio del País Vasco...

e) A los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo vasco que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad.

Artículo 21. El Derecho emanado del País Vasco en las materias de su competencia exclusiva es el aplicable con preferencia a cualquier otro, y sólo en su defecto será de aplicación supletoria el Derecho del Estado.

2. ESTATUTO CATALÁN DE 18 DE DICIEMBRE DE 1979

Artículo 9.º La Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias...:

2. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán...

Artículo 20. 1. La competencia de los órganos jurisdiccionales en Cataluña se extiende:

a) En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de Derecho civil catalán...

e) A los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo catalán que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad...

Artículo 24. 1. Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles serán nombrados por la Generalidad, de conformidad con las leyes del Estado. Para la provisión de Notarías, los candidatos serán admitidos en igualdad de derechos, tanto si ejercen en el territorio de Cataluña como en el resto de España. En estos concursos y oposiciones será mérito preferente la especialización en Derecho catalán. En ningún caso podrá establecerse la excepción de naturaleza o vecindad.

2. La Generalidad participará en la fijación de las demarcaciones correspondientes a los Registros de la Propiedad y Mercantiles para acomodarlas a lo que se disponga en aplicación del artículo 18, párrafo 2, de este Estatuto. También participará en la fijación de las demarcaciones notariales y del número de Notarios, de acuerdo con lo previsto en las leyes del Estado...

Artículo 26. ...

2. En defecto de Derecho propio será de aplicación supletoria el Derecho del Estado.

3. ESTATUTO GALLEGO DE 6 DE ABRIL DE 1981

Artículo 22. 1. La competencia de los órganos jurisdiccionales en Galicia se extiende:

a) En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de Derecho civil gallego...

e) A los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo gallego que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad...

Artículo 26. 1. Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles serán nombrados por la Comunidad Autónoma, de conformidad con las leyes del Estado. Para la provisión de Notarías, los candidatos serán admitidos en igualdad de derechos, tanto si ejercen en el territorio de Galicia como en el resto de España. En estos concursos y oposiciones será mérito preferente la especialización en Derecho gallego y el conocimiento del idioma del país. En ningún caso podrá establecerse la excepción de naturaleza o vecindad.

2. La Comunidad Autónoma participará en la fijación de las demarcaciones correspondientes a los Registros de la Propiedad y Mercantiles para acomodarlas a lo que se disponga en aplicación del artículo 20, párrafo 2, de este Estatuto. También participará en la fijación de las demarcaciones notariales y del número de Notarios, de acuerdo con lo previsto en las leyes del Estado.

Artículo 27. En el marco del presente Estatuto corresponde a la Comunidad Autónoma gallega la competencia exclusiva de las siguientes materias...:

4. Conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego...

Artículo 38. ... 2. A falta de Derecho propio de Galicia, será de aplicación supletoria el Derecho del Estado...

V. CRITICA GENERAL DEL SISTEMA DE FIJACION DE COMPETENCIAS AUTONOMICAS DE LA CONSTITUCION DE 1978

No es incumbencia de civilistas, ni el que escribe puede aportar nada en este punto, el estudio de los artículos 148 y 149 de la Constitución,

pero una aproximación a la estructura y contenido de ellos podrá dar luego cierta luz sobre la competencia estatal en la ordenación de los registros e instrumentos públicos.

El artículo 149 de nuestra Constitución es en realidad el que determina: *a)* la competencia exclusiva del Estado, *b)* el techo de competencias de las Comunidades Autónomas y *c)* el poder residual del Estado central.

El artículo 148 no es, como señalan casi todos los sectores (3), sino una disposición transitoria; de hecho, así se planteó en un principio la respuesta a las asunciones de competencias que el citado artículo pretende resolver.

El artículo 149 es quizá uno de los artículos más acremente tratados por los comentaristas: T. R. FERNÁNDEZ sostiene que «el consenso logrado inicialmente en el seno de la ponencia constitucional ha conseguido convertir en norma constitucional vigente un sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que no satisface a nadie, ni a políticos ni a expertos; que no responde a ningún molde conocido; que no se ajusta ni al esquema teórico del Estado federal ni al del Estado regional; que carece de la imprescindible claridad, y que ya desde ahora se revela claramente insuficiente para garantizar unas relaciones razonables entre los sujetos en presencia» (4). COSCULLUELA, en cita de R. ENTRENA CUESTA (5), dice que «lo menos que se puede decir del sistema de atribución de competencias que regula la Constitución española es que es deficiente en el orden técnico y poco claro en las intencionalidades políticas que persigue».

De entre los sistemas de distribución de competencias Estado-Entes territoriales intermedios: *horizontal* (se reparten las competencias sobre una misma materia entre el Estado y los Entes) y *vertical* (se separan claramente las competencias de uno y otros), parece, según señala R. ENTRENA CUESTA (6), que nuestra Constitución sigue el primero; pero no hay, frente a lo que pudiera pensarse de una primera lectura, una lista única (la del art. 149), en que se señalen las competencias estatales. Dentro del artículo que se trata hay competencias exclusivas (3.º Relaciones internacionales. 4.º Defensa y Fuerzas Armadas, etc.) y competencias

(3) *Vid.* por todos COSCULLUELA MONTANER, L.: «La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, I, Madrid, 1979, pág. 540.

(4) «El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 201, enero-marzo 1979, pág. 10.

(5) *Ob. cit.*

(6) *Ibidem.*

concurrentes con las de los Entes autonómicos, encontrándose entre éstas la legislación civil (7).

La legislación civil es competencia exclusiva del Estado, pero en el mismo número 8 se señala otra competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas: la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan; a continuación vuelve el Estado a reservarse en exclusiva («en todo caso») las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, etc.

El esquema del número 8 del artículo 149 probablemente es el de más delicado encuadre sistemático, ya que no hay exactamente concurrencia de competencias Estado-Comunidades, sino más bien coexistencia: el Estado y los Entes territoriales legislarán sobre Derecho civil; concurrencia habrá en la regulación de las obligaciones contractuales: el poder central determinará las bases que serán desarrolladas por el autonómico.

Respecto a la materia objeto de estudio (ordenación de los registros e instrumentos públicos) pienso que es una de las materias de competencia exclusiva estatal, dentro de los límites que luego se dirán. No obstante, según se desprende de la crítica que se ha hecho al precepto, del encuadre sistemático del número 8 dentro del artículo 149 no puede deducirse, con claridad ni sin ella, la afirmación últimamente realizada.

VI. SENTIDO GENERAL DE LA EXPRESION: «EN TODO CASO, LAS REGLAS RELATIVAS A... ORDENACION DE LOS REGISTROS E INSTRUMENTOS PUBLICOS...»

Como ha podido observarse antes, en el proceso de elaboración del precepto la expresión «registros e instrumentos públicos» no aparece hasta el dictamen de la Comisión Constitucional del Senado en virtud de una enmienda de UCD presentada por BALLARÍN MARCIAL; hasta entonces, con anacronismo mutuado de la Constitución republicana (8), se venía hablando de ordenación de registros e hipotecas. La expresión «ordenación», que ni siquiera aparece en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es, como señaló ROCA (9), desdichada (*dissortada*)

(7) Para un estudio detallado, puede verse COSCULLUELA MONTANER: *Ob. cit.*, páginas 539 y sigs., especialmente 556 a 562.

(8) En frase de DELGADO ECHEVARRÍA, J.: «Los Derechos civiles forales en la Constitución», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, julio-septiembre 1979, página 162.

(9) ROCA I SASTRE, R. M.: «La matèria hipotecària en la futura legislació civil de Catalunya», en *Conferències sobre l'Estatut de Catalunya*, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 1933, pág. 85.

y no resiste la crítica más benévola. La primera vez que se utilizó la palabra «ordenament» fue en el Estatuto de Nuria para hablar del Registro Civil y del Notariado, y ya entonces se apuntó por Roca (10) que era de significación imprecisa y ponía de relieve el peligro que representa la utilización de neologismos jurídicos no acuñados por el uso. SALVADOR CODERCH (11) rechaza la equiparación de «ordenación» y «legislación» por entender (para el art. 15.1 de la Constitución de 1931) que «ello lleva a considerar que el legislador constituyente había sido redundante en este punto; sería redundante, señala, hacer decir al artículo 15.1..., y en cuanto a la legislación civil..., la legislación de los registros e hipotecas». Yo estoy por decir lo contrario: para evitar la redundancia de que habla el citado autor, el legislador evita repetir y utiliza el sinónimo (de acuerdo que desafortunado) «ordenación» por «legislación». En el sentido indicado fue la enmienda, antes citada, de UCD defendida por BALLARÍN: «8. La legislación civil común y la que regula los registros e instrumentos públicos. La legislación para conservar...»; la enmienda fue aprobada por veinticinco votos a favor, los de todos los diputados presentes, según señala la ponencia al artículo 149.1.8 de la Constitución del Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución. La construcción gramatical del párrafo contemplado es, a mi entender, la siguiente: El Estado tiene competencia exclusiva en todo caso sobre las reglas relativas a la ordenación de los registros e instrumentos públicos. Ordenación creo que quiere decir tanto como conjunto de reglas que regulan. No es «clasificación» (que es sinónimo de nula eficacia) o «estructuración básica» (12), ya que cuando los constituyentes quisieron referirse a líneas maestras, bases o «marcos», así lo hicieron: «Bases de las obligaciones contractuales», donde, como se dijo más arriba, hay legislación concurrente: Estado y Comunidades legislarán sobre obligaciones contractuales. Pero cuando se reserva el Estado la regulación de la ordenación, se guarda para sí algo más que la estructuración básica: la exclusiva competencia. Reafirman esta interpretación del concepto «ordenación»:

a) La voluntad histórica del Estado frente a las Autonomías es la de conservación de la legislación registral, así del artículo 13 del Estatuto de Nuria desapareció la legislación hipotecaria como competencia exclusiva de la Generalitat, al tiempo que el mismo Estatuto excluyó por sí mismo el Registro Civil del ámbito legislativo autonómico (art. 11). Tampoco se aceptó por el Parlamento republicano el artículo 11 del dictamen de la Comisión de Estatutos sobre el Proyecto de Estatuto de Cataluña,

(10) *Ibid.*, pág. 85.

(11) *Ob. cit.*, pág. 87.

(12) SALVADOR CODERCH, P.: *Loc. cit.*, pág. 87.

que incidía de nuevo en la reserva en exclusiva de la ordenación de la legislación hipotecaria. Téngase en cuenta que el concepto histórico, imperante en la época, de legislación hipotecaria incluía la legislación registral.

b) La no aprobación de la enmienda del grupo parlamentario vasco al Anteproyecto de Constitución (13), en que se pretendía reservar al Estado, en la regulación de registros e hipotecas, tan sólo «las bases de la ordenación de los registros e hipotecas».

c) Del Anteproyecto de Estatuto para Cataluña (14) no pasó al vigente Estatuto (arts. 10 y 11) el número 8 del artículo 11, que reservaba para la Generalidad la ejecución de la legislación del Estado en materia de fe pública y ordenación de registros e hipotecas.

d) Además hoy, y hasta transcurridos cinco años de la aprobación de los respectivos Estatutos (arts. 148.2 y 149.3), no corresponde a las Comunidades ni siquiera la ejecución en las materias que se estudian (ordenación de los registros e instrumentos públicos).

Cabría una transferencia amparándose en el artículo 150.2, pero no la cesión de una competencia exclusiva.

e) Las redacciones del artículo 15.1.^a de la Constitución de 1931 y la del 149.8 de la de 1978 son bien distintas: en la de 1931, el Estado se reserva ciertas competencias en materia de Derecho civil; en la de 1978, se reserva en exclusiva la legislación civil y deja algunos aspectos del mismo (muy amplios, eso sí, pero limitados) a las Comunidades.

VII. EXTENSION DE LA COMPETENCIA ESTATAL

1. LOS REGISTROS PÚBLICOS

a) *Fundamento*

Cabría acudir a la misma Constitución (art. 139.2) para encontrar sentido a la necesidad de unificación del tráfico de bienes: «Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen... la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional». Es indudable que la existencia de un gravamen oculto o clandestino en una Comunidad que no lo sea, en otra podría motivar que el contratante de distinta Comunidad viese sorprendida su buena fe (creo que sería excesivo acudir a la doctrina del interés nacional para salvar este obstáculo; más vale la

(13) Enmienda núm. 671, B. O. C., núm. 82, de 17 de abril de 1978.

(14) Publicado en el diario *El País*, de 21 de octubre de 1978.

unidad registral). Pero los registros a que se refiere el artículo 149.8, como luego se verá, no son sólo de bienes, por lo que el argumento, que parece válido, no lo es para todo el precepto.

Pese a lo expuesto hay que tener en cuenta que también los registros de personas tienen a veces (régimenes económico-matrimoniales, defensor del ausente, tutela, adopción, reconocimientos de filiación) trascendencia patrimonial, por lo que lo dicho es, en parte, válido.

La razón general de esta reserva en exclusiva para el Estado de una materia como la registral creo que está en el carácter técnico de esta rama del Derecho. Los derechos forales regionales o especiales son derechos de honda raigambre histórica, sociológica e idiosincrática; nunca los derechos regionales se ocuparon de importaciones jurídicas institucionales en bloque (y ojalá sigan sin hacerlo, so pena de perder su verdadero carácter), sino que se mantuvo la unidad técnica-legislativa, bien basada en el ordenamiento canónico (Registro Civil), bien en legislación estatal (Ley del Registro Civil, Ley Hipotecaria, Ley de Hipoteca Mobiliaria, etc.). Discrepo en este punto del más destacado comentarista del tema que se trata en la época republicana (15), pero creo que don RAMÓN se dejó arrastrar en su comentario por el amor al Derecho de su Cataluña, prueba de ello es la expresión: «Si Catalunya hagués pogut legislar en aquestes darreres centúries, ben segur que avui tindriem una regulació perfecta en la dita matèria» (16). Los precedentes que cita ROCA no son convincentes.

Otro de los aspectos que ha podido servir de base para la reserva en exclusiva de la legislación registral es el arraigo de las leyes especiales (Ley Hipotecaria, Ley del Registro Civil, Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento) en todo el territorio español, de forma que la introducción de elementos extraños, aparte perjudicar la uniformidad y seguridad en el tráfico, no haría sino perturbar el normal funcionamiento de las instituciones regionales, sin perjuicio de las necesarias adaptaciones de la legislación general para salvaguardar la publicidad requerida por algunas instituciones especiales (17). En este sentido, señala LASARTE: «La ordenación de los registros con referencia expresa a las hipotecas o sin ella, pretende consagrar constitucionalmente una situación conocida desde hace largo tiempo y que, en pocas palabras, resumiría diciendo que se trata de resaltar que todos los territorios espa-

(15) ROCA I SASTRE, R. M.: *Ob. cit.*, pág. 89.

(16) *Ibid.*, pág. 89.

(17) El propio ROCA, nada sospechoso de antiautonómico, afirma que: «La legislació hipotècaria avui vigent a Catalunya, ho ha estat d'elaboració nostra, però això no ha estat obstacle perquè arrel·les en el nostre règim jurídic», *ob. cit.*, pàgina 89.

ñoles estaban sometidos con anterioridad a la Constitución —y, en su caso, antes incluso del Código Civil— a unas mismas leyes en determinadas materias civiles en las que la instauración de la publicidad registral significó al propio tiempo una modificación de la regulación material. Entre tales leyes de carácter territorial general habría que destacar, por supuesto, a la Ley Hipotecaria, aunque convenga no echar en olvido a las Leyes de Registro Civil (la derogada de 1870 y la vigente de 8 de junio de 1957) ni a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión de 16 de diciembre de 1954, en cuanto reguladoras o instauradoras de los registros más significativos (y, en alguna medida, de las instituciones objeto de tales registros, claro es), cuya ordenación corresponde a la legislación civil» (18).

Por último, es una de las materias, la registral, que, tanto en los precedentes históricos como en los de Derecho comparado (incluso en Estados federales), se ha reservado el Estado en exclusiva evitando peligros innecesarios para lograr la unidad jurídica y económica, y las condiciones de vida uniformes más allá del territorio de una Comunidad» (19).

b) *Registros a los que se refiere la reserva*

Es éste un punto en el que no están de acuerdo los autores que se han ocupado del tema.

ROCA (20), para el artículo 15.1 de la Constitución española, sostiene, con relación a los registros, que: «En no especificar-los, d'interpretar-se que els acapara tots, pot provocar moltes dificultats. Es forçós admetre que hi entren el Registre de la propietat immoble, el Registre de l'estat civil i altres».

DELGADO ECHEVARRÍA (21) señala que: «Los registros a que se refiere son los civiles (de la propiedad, mercantil y de estado civil)».

LASARTE, como se vio más arriba, escribe: «Entre tales leyes de carácter territorial general habría que destacar, por supuesto, a la Ley Hipotecaria, aunque convenga no echar en olvido a las Leyes de Registro Civil (la derogada de 1870 y la vigente de 8 de junio de 1957) ni a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión de 16 de diciembre de 1954, en cuanto reguladoras o instauradoras de los registros más significativos (y, en alguna medida, de las instituciones

(18) LASARTE, C.: *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980, pág. 132.

(19) *Vid.* arts. 72.3 y 14.18 de la vigente Constitución alemana.

(20) *Loc. cit.*, pág. 85.

(21) *Ob. cit.*, pág. 162.

objeto de tales registros, claro es), cuya ordenación corresponde a la legislación civil» (22).

CHICO ORTIZ interpreta el precepto diciendo: «Parece ser que la referencia a lo que podríamos llamar 'registros jurídicos' resulta clara, pues la frase que se emplea se une con los instrumentos públicos y sólo en los Registros jurídicos el enlace preciso y directo con el documento público se da». «Me hubiera gustado más que la Constitución hablara de 'registros jurídicos', salvando así esa posible asimilación, peligrosísima por cierto, que existe en la actualidad entre el registro administrativo y el registro jurídico y que está manejada con cierta habilidad por la doctrina administrativa. La diferencia es clara, pues en un caso estamos ante un archivo, fichero, sin más trascendencia que el control que ello lleva consigo o como requisito de carácter administrativo, y en otro, la inscripción produce un efecto jurídico basado en una publicidad que no debe confundirse, como hace la Constitución, con la publicación» (23).

ELIZALDE Y AYMERICH dice: «Sorprende, del precepto referido, la facilidad con que se encuadra la 'ordenación de los registros públicos' como 'legislación civil', pues al margen de consideraciones sobre la naturaleza del llamado Derecho registral, es indudable la existencia, en su contenido, de un importante sector jurídico-administrativo, del cual se predica también, sin discriminación alguna, su vigencia general.

Aunque con anterioridad se ha hecho referencia sólo al Registro de la Propiedad (regulado en los arts. 605 a 608 del Código Civil y la Ley y Reglamento Hipotecarios), el mismo régimen es de aplicar a los restantes registros públicos de índole «civil», como son: Registro Civil (regulado en el Código Civil, arts. 325 a 332; Ley de 8 de junio de 1957 y su Reglamento), Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (creado por Ley de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento), Registro General de Actos de Última Voluntad (regulado en el anexo II del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944), Registro Central de Contratos de Préstamo Declarados Nulos (creado por Ley de 23 de julio de 1908 y regulado por el Real Decreto de 27 de febrero de 1910)» (24).

LÓPEZ JACOISTE, en la obra colectiva *Lecturas sobre la Constitución española*, escribe: «La expresión ordenación de los registros e instrumentos públicos» no entraña novedad de fondo, pues tanto la legislación hipote-

(22) *Ob. cit.*, pág. 132.

(23) CHICO ORTIZ, J. M.: «Los principios jurídicos constitucionales e institucionales en el tráfico jurídico inmobiliario», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, I, Madrid, 1979, pág. 614.

(24) ELIZALDE Y AYMERICH, P.: «Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas», en *La Constitución española y las fuentes...*, II, pág. 762.

tecaria y notarial como sus respectivos reglamentos contaban y cuentan con aplicación en toda España» (25).

ESPÍN dice que: «Los registros e instrumentos públicos constituyen en la actualidad normas de carácter general por haberse dictado en el pasado siglo con ese carácter, por lo que su mención no supone variación alguna» (26).

Creo que todos los autores tienen algo de razón.

Los registros que deben incluirse en el precepto deben reunir los siguientes requisitos:

- Ser civiles, ya que la reserva en exclusiva se predica de la legislación civil. No se incluye, por tanto, el Registro Mercantil en el artículo 149.1.8, si bien al ser su regulación competencia exclusiva del Estado, según el número 6 del mismo, también queda fuera de la órbita autonómica su régimen jurídico.
- Ser públicos, ya que dicho adjetivo se predica al tiempo de los instrumentos y de los registros.
- Ser jurídicos, como señala CHICO (27).

Por ello no se incluyen los registros administrativos, cuyos efectos son de mera publicación y no de publicidad; así, los registros de propiedad intelectual e industrial, que son competencia exclusiva del Estado, no caben en el artículo 149.1.8 y se llevan por el legislador al número 9. Su legislación, por otro lado, tampoco es civil. Es incorrecta la inclusión de ELIZALDE en el número 8 del Registro General de Actos de Ultima Voluntad y del de Préstamos Declarados Nulos (28).

A mi entender, deben incluirse como registros de competencia exclusiva estatal el de la Propiedad, Hipoteca Mobiliaria, Prenda sin Desplazamiento, Venta a Plazos y Civil.

Los registros de buques y aeronaves son también de competencia estatal, pero probablemente la inclusión de ellos en el ámbito central, dado su carácter mercantil, se deba más que al artículo 149.1.8 al 149.1.6.

(25) LÓPEZ JACOISTE, J. J.: «Constitucionalismo y codificación civil», en *Lecturas sobre la Constitución española*, II, Madrid, 1978, pág. 605.

(26) ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, Madrid, 1979, volumen 1.º, pág. 100.

(27) CHICO ORTIZ, J. M.: *Ob. cit.*, pág. 614.

(28) ELIZALDE Y AYMERICH, P.: *Ob. cit.*, págs. 762 y 763.

c) *Establecimiento por las Comunidades Autónomas de registros especiales*

ROCA, en el estudio tantas veces citado (29), se quejaba de que Cataluña, al regular su Derecho civil, podría tener necesidad de establecer registros especiales. Se refería, en concreto, a la necesidad de crear un Registro de Capitulaciones Matrimoniales, y terminaba diciendo: «En aquest cas Catalunya hauria d'acudir al Estat central perquè li establís el dit Registre, la qual cosa seria absurda» (30).

Al margen de que el calificativo de absurdo no se justifica (hubiera podido decirse que era lógico), sí es cierto que en ocasiones puede resultar necesaria una peculiar regulación registral para las especialidades de los Derechos autónomos. Pero Roca tiene razón al afirmar que ha de acudir al Estado, aunque sólo en el caso de que quiera establecerse un Registro jurídico (administrativos o sin trascendencia publicitaria pueden los Entes autonómicos crear los que crean conveniente, en el ámbito civil incluso), ya que no pasaría de ser algo necesario para el desarrollo de su Derecho.

No debe olvidarse que la legislación hipotecaria, quizá por ser anterior al Código Civil, no carece de normas especiales para tutelar y publicar situaciones forales: legitimarios catalanes (art. 15), contratos sucesorios (artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 80 y 81 de su Reglamento), capitulaciones (arts. 26 de la Ley Hipotecaria y 80 y 81 de su Reglamento), regímenes económico-matrimoniales de los Derechos regionales (art. 92 del Reglamento Hipotecario), etc.

A pesar de ello, será preciso en ocasiones introducir normas que regulen situaciones existentes y no reguladas (derecho expectante de viudedad aragonesa, llamamientos forales vizcaínos, por ejemplo) o los aspectos que puedan sufrir variaciones de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas. Aunque, claro está, deberá ser el Estado quien legisle sobre los Registros públicos civiles.

d) *Aspectos de Derecho registral de posible competencia autonómica*

A diferencia de la situación que se creó con el artículo 15 de la Constitución de 1931, hoy creo que las competencias autonómicas en Derecho registral civil son meramente ejecutivas.

Entendía Roca (31) que: a) Puesto que el Derecho civil era incum-

(29) *Loc. cit.*, págs. 85-86.

(30) *Ibidem*, pág. 86.

(31) *Loc. cit.*, pág. 87.

bencia autonómica, salvo las reservas de competencias, la parte material o sustantiva era de dominio autonómico (la actividad «teológica»), mientras que la actividad funcional, de carácter administrativo, era del Estado central. *b)* El reconocimiento de la competencia autonómica en el campo civil es la regla, y la reserva al Estado, la excepción, por lo que ésta ha de interpretarse restrictivamente.

Hoy, como indicaba, la situación es muy distinta: *a)* El Derecho civil es competencia estatal, «sin perjuicio» de la conservación... Los aspectos registrales sustantivos son, por tanto, competencia estatal. La actividad queda comprendida dentro del concepto «reglas relativas a la ordenación», ya que pese al encuadre civilista de la excepción, la pretensión de reserva en exclusiva del Estado es global con relación a los Registros. Ya se apuntó antes que cuando se quiso limitar la reserva así se hizo: de las obligaciones contractuales sólo se reserva el poder central la regulación de las bases. *b)* La regla en la Constitución de 1978 es que la competencia en materia civil corresponde al Estado en exclusiva, excepción hecha de lo expresamente contemplado en el artículo 149.1.8. La interpretación restrictiva ha de ser para lo exceptuado, en caso de duda.

Hay que añadir la no contemplación en los Estatutos (art. 149.3) de competencia alguna a favor de las Comunidades Autónomas en esta materia (salvo las que luego se indicarán en relación con el Cuerpo de Registradores y las demarcaciones registrales).

Puede caber alguna competencia autonómica en el orden procesal cuando se trate de cuestiones civiles regionales: procedimiento para exigir hipoteca en garantía de dote, procedimiento para lograr la prueba de filiación catalana. Pero por especial que sea el procedimiento, el título que acceda al Registro habrá de ser el que determine la legislación del Estado y con los requisitos que ella exija.

Las Autonomías son competentes, sin duda alguna, para la ejecución de la legislación registral en las parcelas que se contemplan en los vigentes estatutos; recursos contra la calificación de los Registradores de la Propiedad; nombramiento de Registradores de la Propiedad y demarcaciones registrales.

e) 1. *El Derecho de hipoteca*, y 2. *Los demás derechos reales*

1. *El Derecho de hipoteca*.—La desaparición, en el proceso de elaboración del precepto, de la palabra «hipotecas» y la sustitución por los «instrumentos públicos», con relación al artículo 15 de la Constitución de 1931, sin explicación alguna por parte del defensor de la enmienda UCD (BALLARÍN), era previsible que motivase discusiones.

Al no reservarse «expresamente» (art. 149.3) el Estado la «ordenación» de las hipotecas, ¿corresponde su regulación a las Autonomías?

Con el planteamiento de la pregunta, se ve el argumento de la tesis afirmativa, defendida para la vigente Constitución por ROCA I TRÍAS (32).

No opinan de la misma forma otros autores. Así, LÓPEZ JACOISTE (33), ESPÍN (34), ELIZALDE (35) y LASARTE (36) sostienen que el precepto constitucional no entraña variación alguna, sino que se limita a consagrar la vigencia en toda España de la legislación hipotecaria y notarial.

SALELLAS, nada sospechoso de centralista, tiene el mismo criterio (37).

Para la Constitución republicana, ROCA sostenía la competencia de la Generalidad en materia de hipotecas legales, pese al tenor literal del artículo 15, sin más razón que «sería perturbador per al nostre Dret Civil» (38).

El encuadre del problema creo que debe tener en cuenta los siguientes extremos:

- El precepto constitucional, pese al prestigioso criterio de los citados autores, entraña variación; la hipoteca es, sin duda, Derecho civil, y en éste hoy las Autonomías tienen competencia legislativa para conservar, modificar y desarrollar.
- La variación no podrá ser muy amplia: la hipoteca voluntaria no se regula en ningún Derecho regional, por lo que mal podrá con-

(32) ROCA I TRÍAS, E.: «El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, enero-marzo, Barcelona, 1979, pág. 31.

(33) *Ob. cit.*, pág. 605.

(34) *Loc. cit.*, pág. 100.

(35) *Ob. cit.*, pág. 762. He de advertir que discrepo de ELIZALDE en cuanto a la ineficacia postconstitucional que predica de las Leyes 461 y 482 de la Compilación navarra, ya que, aparte las discusiones existentes en cuanto a la inconstitucionalidad sobrevenida, la misma Constitución, en el artículo 149.1.8, está respetando los Derechos especiales o forales (en su terminología) en toda su extensión, y téngase en cuenta que la Compilación fue tan ley (si nos olvidamos de la posible superioridad que derivaría de su carácter paccionado que algunos predicán) como la Hipotecaria y más que el Reglamento de la misma; ambos quedaron derogados por la ley posterior. Si se respeta la prelación de fuentes y se faculta para conservar, desarrollar y modificar, quiere decirse que no hay derogación por sitio alguno.

(36) *Loc. cit.*, nota 25.

(37) PUIG SALELLAS, J. M.: «El concepto de Dret civil català a l'Estatut de Catalunya», en *Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Barcelona, 1980, página 112, donde dice acerca de la ordenación de los instrumentos y registros públicos que son «àmbits aquests d'actual normativa uniforme, a través de les legislacions hipotecària i notarial, que s'apliquen a tot l'Estat, bé que sense perjudici de les competències autonòmiques en matèria de nomenaments i d'altres: article 24 de l'Estatut».

(38) *Ob. cit.*, pág. 86.

servarse, modificarse o desarrollarse; es institucionalmente ajena al Derecho citado (39).

- La hipoteca legal y la anotación preventiva (antigua hipoteca judicial) sí entran dentro del campo del desarrollo del Derecho regional por la posible necesidad de garantizar los regímenes sucesorios, familiares y contractuales. La posibilidad de existencia de estas figuras cabe perfectamente con la vigente legislación hipotecaria en sus remisiones a la ley (leyes son las emanadas de los órganos legislativos autonómicos) de los artículos 42.10 y 148.

Por supuesto que se precisará siempre escritura pública e inscripción; la hipoteca tácita o el privilegio exceden con mucho del campo que se está contemplando.

- La hipoteca al precisar, con carácter constitutivo, la escritura pública y la inscripción, debería ajustarse necesariamente a la ordenación de los registros e instrumentos públicos, ya que de otra forma no llegarían a tener existencia; al dictarse por el Estado la legislación referida, no cabrá el introducir formas o pactos por las Autonomías que no encuadren dentro de la vigente legislación hipotecaria (40).

- La ejecución hipotecaria es materia jurisdiccional que escapa de la competencia autonómica.

La unidad podría fundarse en razones de carácter extrajurídico: la importancia del crédito territorial; la unidad económica; los problemas que derivarían de la aplicación interregional de la

(39) Distinto criterio sostiene D'ORS PÉREZ PEIX, A., para quien «aunque coincidan entre sí (los Derechos especiales o forales, que él llama *regionales* en sus últimas publicaciones: 'Los Derechos civiles regionales de la España moderna', en *La formazione storica del Diritto moderno in Europa*, tomo II, Florencia, 1977, páginas 935-941) o con el Código Civil, no dejan de ser regionales aquellas instituciones en que coinciden», y basado en la afirmación anterior, dice: «Yo diría que pueden considerarse regionales incluso aquellas instituciones que existen en una determinada región a causa de la aplicación de una ley general, como ocurre con el mismo Código Civil. En Navarra, donde rige con la mayor plenitud el principio de que la costumbre contra ley es válida, puede sostenerse que algunos preceptos del Código Civil, de la Ley Hipotecaria, etc., que evidentemente han venido a modificar las antiguas leyes de Navarra, rigen allí no como preceptos legales regionales y no como costumbre conforme a la ley, sino contra la ley: no conforme a la ley nacional, sino contra la ley navarra» (en cita de LASARTE). «El regionalismo jurídico», en el volumen *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, CSIC, Roma-Madrid, 1973, pág. 77.

(40) Mucho menos el suprimir garantías que suponen un derecho adquirido y, además, un exceso de poder autonómico que puede perjudicar a personas o bienes ajenos a la Comunidad de que se trate. Por ello no estoy de acuerdo con ROCA I TRÍAS, E., y la posibilidad que apunta de «supresión de determinados tipos de derechos reales» por las Comunidades. *Vid.* ROCA I TRÍAS: *Ob. cit.*, pág. 31.

lex rei sitae; la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, que unifica dicho tráfico promulgados ya dos Estatutos, etc.

De lo expuesto cabe concluir que las Comunidades tendrán competencia para crear hipotecas legales o anotaciones preventivas en desarrollo de su Derecho regional, pero no, al menos efectivamente, respecto de las hipotecas voluntarias (41).

2. *Los demás derechos reales*.—Debe distinguirse, a los efectos del presente estudio, entre los derechos reales de contacto, que no ofrecen peligro alguno de clandestinidad, y aquellos que, en terminología hipotecaria, no llevan aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido o cuando el disfrute de aquellos derechos no fuere incompatible con la posesión de que se trate (art. 36 de la Ley Hipotecaria). Respecto de los primeros no hay duda de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas con Estatuto (arts. 10.5, 9.2 y 27.4 de los Estatutos vasco, catalán y gallego); se trataría de la conservación, modificación o desarrollo de su Derecho regional.

Con relación a los segundos habría que tener en cuenta la relativa rigidez del principio de *numerus apertus* y la ineficacia de un derecho real inoponible al tercero hipotecario por no poder acceder al Registro de la Propiedad.

La posibilidad del *numerus apertus* en materia de derechos reales, admitida generalmente al amparo de los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento para su ejecución, ha sido muy recortada por la doctrina y la jurisprudencia registral (42).

Así, con referencia a la Compilación navarra, donde aun en materia de derechos reales «paramiento a fuero vienze», señala SANCHEZ REBULLIDA: «La secular elaboración y la evolución del Derecho civil, al compás

(41) No cabría, por ejemplo, una hipoteca de propietario, ya que (al margen de que no sea conservación, modificación o desarrollo de Derecho foral) nuestro sistema hipotecario se halla regido por el sistema romano de elasticidad hipotecaria, o sea, el criterio contrario al principio de puestos fijos o parcelas determinadas de valor. Además, en este punto concreto, hay que tener en cuenta que la integración de los Derechos forales especiales o regionales deberá hacerse basándose en sus principios informadores romanos y no germánicos en materia de hipotecas. La implantación en nuestro Derecho del sistema hipotecario alemán es obra del siglo XIX, no del Derecho germano-visigótico.

(42) Resoluciones DGRN de 11 de abril de 1930, 23 de noviembre de 1934, 13 de mayo de 1936, 1 de marzo de 1939, 25 de febrero de 1943, 21 de diciembre de 1943, 4 de mayo de 1944, 27 de marzo de 1947, 27 de octubre de 1947, 7 de julio de 1949, 31 de mayo de 1951, 19 de mayo de 1952, 29 de marzo de 1955, 1 de agosto de 1959 y 20 de septiembre de 1966.

de las necesidades del tráfico y de su normal satisfacción, han ido decantando en cada ordenamiento amplias categorías estructurales del contenido, a su vez disponible, y que recogidas y reguladas por la ley constituyen los tipos.

De este modo, si, por una parte, la disponibilidad del contenido de los tipos legales relativiza la rigidez del sistema *numerus clausus*, por otra, la amplitud del *numerus apertus* queda también relativizada por la existencia de un derecho tipo, el dominio, que compendia y refiere todos los demás derechos reales; por la estructura del mismo, que pese a su abstracción y elasticidad, limita y condiciona de alguna manera las posibilidades de la autonomía privada y, a la vez, la actividad tipificadora del tráfico, que a la larga redundará en la tipicidad legal, y por la propia naturaleza y caracteres de los derechos reales, que no pueden ser contradichos por la voluntad privada.

Nótese que esta última observación no sólo relativiza la amplitud del sistema *numerus apertus*, sino que mantiene dentro de él la función útil de la tipicidad» (43).

Enlazando con esa tipicidad de que habla el profesor SANCHO, señala Díez PICAZO (44) que la solución frente al *numerus clausus* o *apertus* no tiene por qué ser unitaria para todas las categorías de derechos reales, estableciendo para los derechos reales de disfrute, los de garantía, y las cargas reales distintos grados de autonomía de la voluntad.

Aunque es cierto que no estamos en el campo de la «autonomía privada y los derechos reales», creo que la doctrina apuntada es válida para el aspecto que se está contemplando: no veo la posibilidad de que una Comunidad Autónoma establezca una garantía especial y desconocida en el resto del Derecho español que derogue (infringiendo la norma de igualdad) el principio *par conditio creditorum* (45).

Pero fuera de éste y algún otro límite, que no se me ocurre en este momento, creo que las Comunidades tienen competencia en materia de derechos reales (46).

(43) SANCHO REBULLIDA, F. de A.: «El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra», en *Estudios de Derecho civil*, Pamplona, 1978, páginas 249-250.

(44) Díez PICAZO, L.: «Autonomía privada y derechos reales», en *Libro homenaje a R. M. Roca Sastre*, Madrid, 1976, tomo II, pág. 329.

(45) DEKKERS: *Précis de Droit civil belge*, tomo 1.º, Bruselas, 1954, en cita (*locución cit.*) de Díez PICAZO.

(46) Sobre todo, como indica Díez PICAZO (*ob cit.*, pág. 330), el problema (en materia de derechos de adquisición preferente y cargas reales) es más de efectos reales o frente a terceros del negocio jurídico constitutivo, que de propios derechos reales atípicos, por cuanto que, en su configuración exterior, son derechos potestativos los unos (los de adquisición preferente) y obligaciones *propter rem* los otros.

2. LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS

En este punto estuvo más claro el legislador constituyente y de siempre se han planteado menos problemas.

a) *Fundamento*

Al igual que cuando se trataba de la competencia exclusiva con relación a los registros podrían hacerse múltiples consideraciones. Pero creo que justificada la unidad de la ordenación de los registros queda ya casi demostrada la exclusividad estatal en materia de instrumentos públicos: si la seguridad del tráfico (registros) es exclusiva, también lo ha de ser, siguiendo la ya clásica distinción de EHRENBURG, la seguridad del Derecho (el instrumento). Además, siguiendo con la unión registro-instrumento, debe tenerse en cuenta que el instrumento es antecedente de la publicidad registral: el principio de legalidad tiene su base en la documentación auténtica, cuya más genuina expresión es el instrumento público.

Cabe también fundamentar la exclusividad en la necesidad de dotar de uniformidad a la línea divisoria entre el documento privado y el público. Téngase en cuenta que en ocasiones, al ser la forma elemento constitutivo del nacimiento del Derecho o la figura jurídica (sociedades anónimas y limitadas, adopciones, capitulaciones matrimoniales, etc.), se precisa una clara determinación de cuando nos encontramos ante un instrumento público.

El instrumento público es también instrumento de tráfico, civil o mercantil, cuyo destino no debe ser el de circular únicamente dentro de una comunidad autónoma; la vocación del tráfico del instrumento es hoy no sólo nacional, sino internacional. Piénsese en los tratados internacionales dirigidos a lograr la uniformidad y la posibilidad de producción de efectos en el ámbito internacional.

Por último, no debe olvidarse tampoco el carácter de jurisdicción voluntaria que, frente a los demás documentos públicos, actúa el instrumento, sobre todo a través del acta notarial, ya que en el artículo 209 del Reglamento Notarial, reformado por Decreto de 22 de julio de 1967, se dispone que: «Por acta de notoriedad podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden, cuya justificación, sin oposición de parte interesada, pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso. La declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz por sí sola e inscribible donde corresponda, sin ningún trámite o aprobación posterior». No es éste el lugar para entrar en el controvertido tema de la función jurisdiccional del Notario ni en la posible colisión con

la competencia atribuida a los órganos jurisdiccionales; baste decir que, como la mayoría de los autores, al menos en cuanto a la declaración de hechos y situaciones jurídicas y la simple constatación pasiva de hechos, en terminología de GONZÁLEZ PALOMINO, creo en ella y la defiendiendo (47), y que por ello me parece lógica la uniformidad del instrumento público dado el principio de unidad jurisdiccional que proclama el artículo 117.5 de la vigente Constitución.

b) *Alcance de la reserva*

Las disquisiciones acerca de la extensión de la competencia estatal respecto de la ordenación de los registros no se plantean, como ya se apuntó, en este tema. Las únicas posibles dudas son: si deben incluirse o no legitimaciones o testimonios y si debe restringirse la exclusividad a los instrumentos públicos o alcanza a otros aspectos de la organización y régimen del Notariado. La segunda de las cuestiones será objeto de estudio posterior, y de la primera se ocupan las líneas que siguen.

Es ya clásica en el Derecho notarial la caracterización del instrumento público por la intervención notarial; tanto el artículo 1.216 del Código Civil, como la definición enumerativa del artículo 143 del Reglamento Notarial, buscan el elemento diferenciador en la intervención del fedatario. En definitiva, como apunta GIMÉNEZ ARNAU (48): «Puede considerarse actual y exacta la definición que formuló HEINECIO: *Scriptura a tabellionibus rite constitutis atque confecta*». Insistir en estas líneas en el concepto de instrumento público no parece útil, baste con el apunte dado, en que todos los autores están conformes.

La discrepancia nace del concepto que del instrumento público da FERNÁNDEZ CASADO: «El documento notarial *protocolado* y sus copias» (49). Hoy todavía algún autor no está de acuerdo a la hora de precisar si las copias, testimonios y legitimaciones (que son documentos notariales, eso por supuesto) entran o no dentro de la categoría del instrumento público, ya que no forman parte del protocolo (50), si bien constituyen mayoría quienes ven como único requisito para que el documento público sea instrumento la intervención notarial. Así, GIMÉNEZ ARNAU (51) señala que: «... La diferencia formal entre los documentos con valor de instrumento público y los que no lo tienen está en el signo notarial, expresión de la autenticidad del documento: aquéllos son signa-

(47) *Instituciones de Derecho notarial*, Madrid, 1947, I, págs. 68 y sigs.

(48) GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Derecho notarial*, Pamplona, 1976, pág. 396.

(49) FERNÁNDEZ CASADO: *Tratado de Notaría*, tomo I, pág. 393.

(50) En este sentido, AVILA ALVAREZ, P.: *Estudios de Derecho notarial*, Madrid, 1973, pág. 56.

(51) *Ob. cit.*, pág. 407.

dos por el Notario, con lo que simboliza su privilegiado carácter en cuanto a prueba y eficacia; los otros son solamente firmados: no les alcanzan los beneficios del instrumento público, por grande que sea su credibilidad; no tienen la misma presunción de veracidad, aunque tengan carácter oficial o administrativo...».

En el mismo sentido se pronuncia NÚÑEZ LAGOS (52) al afirmar que el instrumento público es el nombre tradicional de una clase de documentos públicos: los autorizados por Notario (53).

Aparte la argumentación de orden sistemático (de los testimonios, legitimaciones y copias se ocupa el título IV del Reglamento Notarial, dedicado al instrumento público), de orden histórico (antes nace el instrumento que el protocolo) y doctrinal (la doctrina expuesta), creo que en el orden interregional es un argumento de peso el pensar en la unificación del tráfico formal: ¿acaso los negocios jurídicos se desenvolverán en el ámbito de una sola Comunidad? Bastantes diferencias y problemas plantea la regla *locus regit actum* para que apoyados en una disposición sin fuerte base nos viésemos obligados a exigir certificaciones autenticadas, legalizadas y legitimadas de vigencia del Derecho de otra Comunidad distinta a la en que se ejerce. No creo que haga falta recordar las actuales tendencias hacia la unidad y simplificación de forma por medio de convenios y tratados internacionales para apoyar, no sólo en el Derecho constituido, la tesis expuesta de inclusión de los citados instrumentos.

Debe también pensarse (conste que para mí, insisto, es instrumento público el autorizado por Notario) que los documentos públicos notariales no protocolizados tienen todos una finalidad concreta: la procesal, y ésta es de exclusiva competencia del Estado (art. 149.1.6), ya que no alcanzo a imaginar ninguna peculiaridad autonómica, de las que se mencionan en el citado artículo, que incida en los instrumentos de referencia.

Conclusión de lo expuesto es la vigencia en toda España del título IV del Reglamento Notarial, sin perjuicio de la gestión de los Archivos Notariales por las Comunidades, dado lo dispuesto en el artículo 149.1.28 de la vigente Constitución.

La situación en realidad es muy parecida a la existente en la Constitución de 1931, ya que si bien no había referencia expresa en ella a los instrumentos públicos, el artículo 15.3 de la misma hablaba de competencia exclusiva del Estado con relación a la eficacia de los comunicados

(52) N. LAGOS, R.: «Concepto y clases de doctos», en *RDN*, LVI, abril-junio de 1967, págs. 7 y sigs.

(53) DE LA CÁMARA, M., sin pretender definir el instrumento público, acepta también el mismo significado que los últimos autores al afirmar que en torno a aquél gira «toda la actividad profesional del Notario», en «El Notariado latino y su función», en *RDN*, LXXVI, abril-junio de 1972, págs. 65 y sigs.

oficiales y documentos públicos, con lo que la regulación era, por un lado, más amplia: se refería a documentos públicos, y por otro, más restrictiva: sólo afectaba a la eficacia. Hoy la regulación es en sentido inverso, más amplia por un lado: abarca no sólo la eficacia, sino todas las reglas relativas a la ordenación, y más restringida: no se refiere a todos los documentos públicos, sino sólo a los instrumentos.

3. NOTARIOS Y REGISTRADORES EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

No quisiera terminar sin llamar la atención sobre la labor de Notarios y Registradores en la elaboración de los Derechos regionales. Sin perjuicio de que las directrices doctrinales vengan de las cátedras y la jurisprudencia, no debe olvidarse que el Derecho vivo se ejerce y se crea en la Notaría y se reelabora en el Registro. El consenso no es válido para la aparición o los capítulos, y menos en las Comunidades de Fuero. De poco serviría la imposición de un Derecho técnicamente muy elaborado, criado en el laboratorio y consensuado por las fuerzas gobernantes y opositoras si cae en desuso por inaplicación o desajuste con la realidad.

Por ello es conveniente y loable la preocupación de las Comunidades por incluir en sus Estatutos normas que traten de asegurar la labor notarial y registral en la creación del Derecho regional o foral.

Del mismo modo, sería absurdo que Comunidades sin Derecho civil propio se ocupasen en sus Estatutos del funcionamiento de ambos Cuerpos.

Espero haber sido objetivo, aunque hay que tener en cuenta, con don FEDERICO DE CASTRO, que «es fenómeno curioso, pero indudable, la falta de fijeza y precisión de los primeros comentarios de un texto legislativo; el movimiento emocional en que nacen, especialmente en épocas de transformación social e inquietud política, alcanza y arrastra al intérprete, haciendo difícil, si no imposible, la contemplación serena y la interpretación correcta de los nuevos preceptos» (54).

JUAN-LUIS GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE

Guernica-Gernika, noviembre 1981.

(54) DE CASTRO Y BRAVO, F.: «El Derecho civil y la Constitución», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 257, 1935, pág. 33.