

«La penetración del Derecho público en el privado: su reflejo constitucional y la repercusión en el Registro de la Propiedad»

SUMARIO: I. *La penetración del Derecho público en el privado*: La iniciación del movimiento.—Sus repercusiones en las instituciones tradicionales.—El urbanismo como vértice del movimiento citado.—II. *La Constitución española y su enfoque*: Distinción entre Registros jurídicos y administrativos.—Principio de seguridad jurídica y de tráfico.—Principio de legalidad.—La teoría de las delimitaciones de la propiedad.—El urbanismo.—III. *La importancia de los Registros de la Propiedad y sus aportaciones en la política social de ordenación del suelo*: Los principios de publicidad y seguridad jurídica como básicos en la ordenación de la acción pública y el régimen privado.—Posibles soluciones concretas de coordinación.—El principio de legalidad, como medio indispensable para la seguridad del cumplimiento de las normas.

El contenido de las presentes notas constituyó la base de una conferencia pronunciada en Pamplona el día 1 de marzo de 1980, con motivo de la inauguración del Centro de Estudios Hipotecarios vasco-navarro, correspondiente a la Audiencia de Pamplona y que, sustancialmente, no ha sido retocado más que en su posible unidad de estilo, suprimiendo el anecdótico y la explicación previa de mi presencia en el acto. Podrían haberse añadido las notas que diversos autores de los citados han aportado en posteriores trabajos, pero ello me hubiera obligado a rehacer todo ello aclarando coincidencias o apuntando opiniones contradictorias. La fecha es un buen dato para situar mi opinión.

I. PENETRACION DEL DERECHO PUBLICO EN EL PRIVADO

Resulta aleccionador para el jurista la contemplación de esa evolución que va sufriendo el Derecho en el que inicialmente hubo, con acertada expresión castañiana, una especie de tronco común del que se fueron

desgajando diversas ramas, hasta tal punto que entre esa especialización y la constante penetración del Derecho público en el privado, éste queda en una posición poco propicia para la subsistencia. Ya veremos cómo cuando una puerta se cierra puede quedar, sin embargo, una ventana abierta y lo que resulta importante es que no se le pongan rejas.

De todos vosotros, juristas de prestigio, es conocida la forma con la que IHERING inicia su famosa obra *El espíritu del Derecho romano*: tres veces Roma dictó leyes al mundo y sirvió de lazo de unión entre los pueblos: primero, por la unidad del Estado romano en la plenitud de su poderío; luego, por la unidad de la Iglesia a la caída del Imperio; finalmente, por la unidad del Derecho al ser adoptado el de Roma en la Edad Media. La importancia y misión de Roma en la historia se resume en que representa el triunfo de la idea de la universalidad sobre el principio de las nacionalidades... Sin el centralismo de la Roma pagana no habría nacido la Roma cristiana...

Esta especie de autonomías legislativas, entre las cuales figura la rama hipotecaria, denominación que hoy se intenta sustituir por la de Derecho Inmobiliario Registral, así como la vieja distinción entre el Derecho público y el privado y la gran problemática de la crisis del Derecho tan sensacionalmente tratada por ALVARO D'ORS, podrían ser las materias que habría que abordar en estos momentos, pero creo que os debo liberar del penoso calvario que supone ir reconstruyendo las razones de la formación de disciplinas independientes, los momentos históricos en que se produjeron y la situación actual de las mismas. Entiendo que es más importante para nuestro tema destacar el fenómeno de la desprivatización o la invasión del Derecho público en el privado, las consecuencias que de ello se derivan y esa especie de esperanza que puede surgir en el horizonte jurídico.

Si la distinción entre Derecho público y Derecho privado tiene un carácter histórico y contingente, como dice SÁNCHEZ AGESTA, es evidente que el liberalismo marca en su apogeo decimonónico una necesaria delimitación del campo de actividades de dichos derechos, siendo el Derecho privado en su exaltación individualista el que ha de tener la primacía, mientras que el Derecho público sirve, sobre todo, para encerrar en las fronteras más estrechas posibles la acción del Estado. La crisis del liberalismo —como señala ANGEL LATORRE— en su forma tradicional provoca una situación de cambio de enfoque. Fenómenos como la creciente intervención del Estado en asuntos que antes se consideraban fuera de su competencia, la preocupación por las necesidades sociales que sólo puede satisfacerse por medio de la acción y organización de la comunidad y otros factores, han trastocado la ideología anterior.

La tendencia actual es a una progresiva invasión del Derecho público en los más variados sectores de la vida social.

GARRIDO FALLA llega a una mayor precisión al tratar de perfilar lo que él entiende por Derecho público administrativo. El Derecho público aparece en la medida en que el Estado interviene en la relación jurídica de que se trate, haciendo de la norma jurídica a aplicar una norma obligatoria (*ius cogens*). Pero la simple existencia de normas imperativas que desplazan el *ius dispositivum* no nos pone en presencia de Derecho público administrativo. Mientras la obligatoriedad del Derecho privado la declaran los Tribunales si es pedido por los particulares, la obligatoriedad del Derecho público es declarada por la Administración a través de sus órganos, convirtiéndose —según HAURIU— en un «poder jurídico».

La invasión del campo privado se ha producido a través de unas técnicas operativas que, según el citado autor, son las de *anexión* de un campo de actividad privada al público, el *proteccionado* de una actividad privada vigilada por normas administrativas, las *limitaciones de policía* que suponen una coactividad a la actividad privada y la infiltración que supone el respecto de la actividad privada bajo la normativa del Derecho público. Pero el rasgo formal para que surja la actividad jurídico-administrativa es la aparición de un organismo administrativo con poderes suficientes para ejecutar por su cuenta el Derecho. De ahí que SAVATIER distinga entre un proceso de *publicación* del Derecho Civil y una simultánea y paralela tendencia de *socialización* del ordenamiento jurídico privado.

Este movimiento invasor que se inicia en el siglo xx y que puede muy bien denominarse en forma un tanto genérica como «la transformación del Derecho privado» lleva consigo un supuesto técnico concurrente de gran transcendencia: aplica extensiva y analógicamente los esquemas de la teoría general del Derecho civil a otras ramas jurídicas necesitadas de «amparo» conceptual. El movimiento de invasión va a permitir «nutrir» jurídicamente a otras ramas del Derecho. La imagen es muy semejante al «derecho de conquista» del que habló GAYO y del que decía genialmente IHERIGN: la idea romana de la propiedad se manifiesta por primera vez en el derecho de conquista: la fuerza física que salió para conquistar vuelve al hogar con la idea del Derecho. A poco que se profundice, sin embargo, en las diversas ramas del Derecho se verá que algunas de ellas aún no han regresado al hogar con la idea del Derecho... Hice dos intentos serios en ese campo y creo que lo demostré al enfrentar lo jurídico con lo fiscal y lo urbanístico...

GIORGIANI (*Riv. Trim. de dir. e Proc. Civ.*, en 1961) se ocupó del

fenómeno de los «confines» actuales del Derecho privado y señaló estas direcciones:

- a) Como consecuencia de las modificaciones económicas de los pueblos provocadas por el industrialismo y capitalismo, así como la presencia cada vez más frecuente de los poderes públicos en la vida de los pueblos, se han producido profundas transformaciones que han obligado a una obra de control y revisión de la validez de los conceptos tradicionales frente a la cambiante realidad económica.
- b) La causa de dichas transformaciones son las tesis que apuntábamos antes de SAVATIER y RIPERT, que hablaron de la publicitación o socialización del Derecho privado. La tesis, sin embargo, de SAVATIER fue impugnada por la obra de EISENMANN (*Droit public, Droit privé en Rev. de Droit Public.*, 1953) para quien las tesis sostenidas tienen el fallo de identificar el Derecho privado con el principio de autonomía de la voluntad, centrar en el interés la distinción de lo público de lo privado y entender que en cualquier caso el intervencionismo del Estado da lugar a Derecho público.
- c) Ha hecho crisis el criterio de «prioridad» del Derecho privado, relegando el dominio de la voluntad como creador de derechos subjetivos ante el predominio de la norma.
- d) Las limitaciones que el Estado introduce en el campo de la libertad económica, fenómeno de intervención del Estado en la economía, obligan a colorear de socialización todo el ejercicio de los Derechos privados, en especial del Derecho de propiedad como función social.
- e) Es patente la necesidad, enormemente sintomática, de superar el dualismo Derecho público, Derecho privado, considerándolo como distinción histórica y relativa y, sobre todo, mantener que la diferencia entre ambos se encuentra en la naturaleza de la actividad, o sea, en el instrumento utilizado por los sujetos y no en los fines que se propongan alcanzar. De ahí la discutida actividad de Derecho privado de la Administración pública.

Estas ideas fueron recogidas en su día por CABANILLAS GALLAS para destacar la construcción científica del Derecho Financiero que comenzó siendo una ciencia de cautela y llegó a ser un instrumento de eficacia.

Para hacer una especie de resumen de las repercusiones más inmediatas en las instituciones tradicionales, quiero traer a colación o cita un trabajo que leí hace tiempo y que estaba publicado en una colección

que se titulaba «*O crece o muere*», con un simbólico árbol. Lo dirigía Florentino Pérez Embid, estaba vinculada al Ateneo de Madrid y la fecha debió ser del año 1958, cuando yo aún andaba ejercitando ese duro deporte de las oposiciones. Porque la oposición es un deporte que se realiza con la cabeza... El trabajo era de HERNÁNDEZ GIL, don Antonio, y se titulaba *Reflexiones sobre el futuro del Derecho Civil*. Dicho autor decía que la transformación que el Derecho Civil estaba sufriendo no era sino la consecuencia o el reflejo de la que el ordenamiento jurídico en general estaba también soportando. La que más reflejo tienen en el campo civil se ofrece bajo el signo de lo social: Derecho social, socialización del Derecho. En el fondo una nueva toma de contacto del Derecho con la justicia: justicia social. La inmortal imagen de la justicia tallada en el barro de nuestros problemas. Ello llevaba consigo la revisión de dos conceptos capitales de la ordenación jurídica: igualdad y libertad.

Fuera de estos conceptos genéricos se fijaba dicho autor en la transformación interna del Derecho Civil, que afectaba a las siguientes instituciones: la persona (considerada como realidad natural), la familia (como comunidad orgánica), el contrato (atenuación de la autonomía, humanización de su fuerza obligatoria, instrumento de cooperación y moralización) y la propiedad (límites, penetración del Estado en su organización, función transindividual, desplazamiento del centro de la protección y acoplamiento del instituto a sus diferentes objetos).

Con gran visión de futuro, este insigne tratadista precisa lo que sucesivamente el paso del tiempo nos ha ido brindando. Cuando esto se escribía ya se había publicado la legislación sobre el suelo, pero aún no había comenzado la ofensiva de los administrativistas acaparando la parcela urbanística y empezando a sacar las conclusiones que determinan el techo o vértice del movimiento de la penetración del Derecho público en el privado. HERNÁNDEZ GIL, al enfrentarse con el concepto de propiedad decía que el Derecho no penetraba dentro, no regulaba el contenido mismo del poder, sino por medios indirectos, deber general de abstención, le nutría de innumerables posibilidades. Hoy día, la norma penetra en la interioridad de la propiedad para regular el contenido del poder que atribuye.

Aunque la doctrina urbanística no ha llegado a una plena unanimidad en la construcción dogmática de los conceptos fundamentales que la misma lleva consigo (como, por ejemplo, el concepto de «plan de urbanismo», parcelación, licencias, clasificaciones de suelo, urbanizaciones, principios de publicidad sanciones de nulidad, ineficacia y sanción, gravámenes, limitaciones obligaciones, etc.), lo que sí parece cierto es que por diversos caminos todos los urbanistas —y algún civilista— han aceptado la trans-

formación sustancial de la vieja institución de la propiedad y de las limitaciones que la afectan. Todos achacan a la vieja definición de nuestro Código Civil los males por los que atraviesa el urbanismo y lo curioso es que la Ley del Suelo no hace más que aceptar la superada definición romana de suma de facultades que plasma el artículo 348 del Código Civil. Si la propiedad que define la Ley del Suelo es aquella en la que «Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley o, en virtud de la misma, por los Planes de ordenación...» (artículo 76, Ley del Suelo y artículo 2, *d*), que habla de «fomento e intervención del ejercicio de las facultades dominicales...»), es evidente que estamos ante una propiedad concebida como «un conjunto de facultades» puramente romana.

La peligrosidad de la tesis no reside en ese desenfoque inicial, sino en atribuir al Plan de ordenación la virtud de constituir derechos y obligaciones, determinar su contenido y crear esos mismos derechos. El plan, por ejemplo, para MARTÍN BLANCO y GARCÍA DE ENTERRÍA, «es determinativo y constitutivo de derechos y obligaciones de naturaleza jurídico-privada. No sólo determina el contenido y alcance de derechos subjetivos, sino que los crea». El Plan, pues, no es una limitación del dominio, sino «fuente de facultades dominicales». El contenido del derecho de propiedad urbana no hay que buscarlo en la Ley, sino en el Plan. Intentando paliar esta avanzada tesis había hecho la cita de JOSEF PIEPER, que decía que «La Justicia presupone el Derecho. Si algo se debe a un hombre como suyo, el hecho de que tal se le deba no es en sí obra de la Justicia. El acto por el cual se constituye algo en propio de alguien no puede ser un acto de Justicia». Si la Justicia no crea el Derecho, sino que lo reconoce y declara, ¿cómo es posible que un Plan de ordenación tenga esa fuerza creadora?

ALVARO D'ORS había dicho con razón que todas las limitaciones del derecho de propiedad, sean establecidas por la ley pública y por la ley privada, demuestran la existencia de la propiedad, pues sólo lo que existe puede ser limitado. Tales limitaciones desaparecen por sí mismas cuando la propiedad privada viene a ser negada y abolida. Entonces el aprovechamiento de las cosas comunes que pueda concederse a un particular no constituye ya un derecho, sino al revés, un encargo: el propietario cede entonces su puesto al funcionario. En este momento puede decirse que ha desaparecido el Derecho privado, es decir, el Derecho propiamente dicho. Y de ahí la gran habilidad de parte de la doctrina urbanística (aparentemente diversificada en la construcción de las limitaciones del dominio, pues unos hablan de tales, otros confunden gravá-

menes con obligaciones, otros hablan de la *obligatio propter rem*, etc.) que trae a primer plano la teoría de las delimitaciones del dominio formulada por WESTERMANN y puesta en rodaje intencionado en nuestra patria por GARCÍA ENTERRÍA. Ello nos acerca mucho al «encargo» de que hablara D'ORS. El tema es preocupante desde el punto de vista constitucional, como luego veremos.

Aunque el abanderado de la doctrina urbanística, reconocido como uno de los grandes puntales del campo administrativo, de vez en cuando hace concesiones al principio de publicidad, lo cierto es que ahí están los «Reglamentos de Planeamiento y disciplina urbanística» que, haciendo caso omiso de la disposición 13 de las transitorias o adicionales de la Ley, soluciona urbanísticamente y al estilo del administrativista citado todos los problemas pendientes.

Y es que, amigos míos, no debéis olvidar que cuando el ilustre jurista citado ingresa en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, con su famoso trabajo sobre «Legislación delegada y control judicial» dice: «Quizá el jurista de Derecho Civil, formación que aún es la predominante entre los juristas profesionales, no es plenamente consciente de este fenómeno de la invasión desbordante de las normas administrativas, aun cuando las mismas están también penetrando decididamente en su viejo y tranquilo *hortus conclusus*». El jurista tradicional tiene, podríamos decir, una concepción «plana» de la Ley, concepto con el que se identifica —y así interpreta sin más las referencias únicas a este término que se contienen en el Título Preliminar del Código Civil— toda norma impuesta por el Estado, de cualquier origen y contenido. Suele ser el administrativista el que, por la misma fuerza de las cosas operantes en el ámbito en que ha de moverse, se acerca al orden normativo escrito con la inexcusable conciencia de una «tercera dimensión», de una perspectiva en profundidad, que viene de la acumulación sobre un mismo problema indivisible de normas escritas de muy distinta procedencia y valor.

Todo ello se decía en 1970 y ahora, al filo de su nueva publicación o segunda edición de su *Curso de Derecho Administrativo*, dice que el Derecho Administrativo resulta ser «el Derecho común de las administraciones públicas». No se trata, por ello, de un Derecho especial, como el Mercantil, sino que es un Derecho común y cuando en él hay una laguna, ésta se integra con sus propios principios, sin tener aplicación el artículo 16 del Código Civil que supletoriamente viene en auxilio de aquellas leyes que regulan materias especiales. El artículo 16 se está refiriendo a las leyes especiales del ordenamiento civil, no a las del ordenamiento administrativo, que es capaz de autointegrar sus propias lagu-

nas sobre la base de sus principios generales. Afirma que así lo viene declarando sistemáticamente el Tribunal Supremo. Claro que ya veremos luego lo que la Constitución española entiende por ordenamiento.

Por ello al principio os decía que se cerraban muchas puertas y que resultaba difícil abrir ventanas sin barrotes. HERNÁNDEZ GIL, en la monografía antes citada, tenía la virtud de hablar del «valor permanente del Derecho Civil» y entre los argumentos que utilizaba para defender a ese «Derecho primario y preeminente» decía que en el mundo se habían logrado tres grandes creaciones íntimamente ligadas, la representada por el Derecho romano, con su valor histórico y cultural, la del Derecho natural, con un valor ético, y la del Derecho Civil, ligado a las exigencias de la vida. Quizá la cuarta creación sea la del Derecho social, pero sin que por ello deba desaparecer el Derecho Civil, ya que en el orden jurídico siempre es fecunda la armonía, siempre son infecundos los exclusivismos.

MARTÍN BULLINGER puede ofrecer con su tesis de la necesidad de abandonar la división dogmático-jurídica, que distingue el Derecho público del Derecho privado, y en lugar de dicha división debería hacer su aparición una especie de Derecho común de carácter diferenciado, que podría ser aplicado como Derecho general a la comunidad del Estado, a todo tipo de relaciones jurídicas, sin consideración a la participación en las mismas de autoridades estatales, corporaciones con autoadministración, empresas de economía mixta, partidos políticos, agrupaciones económicas, personas privadas y empresas privadas con o sin vinculaciones públicas.

Deben servir esas pinceladas para enmarcar el momento actual. Personalmente no quiero añadir nada, pues, desgraciadamente, mi formación universitaria es privatista, pertenezco a los de la «concepción» plana del Derecho y de ahí que no comprenda la grosería del silencio administrativo, ni la exigencia fiscal de la tributación de un acto nulo...

II. LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y SU ENFOQUE

A mí la Constitución española no me ha gustado, quizá porque la he leído... privilegio de pocos españoles, pues el resto ni se la leyeron, ni han dejado que se la lean. Claro está que no me guste a mí no quiere decir que no sea buena, mejor o peor que las anteriores; a mí no me gusta porque es muy larga y está llena de imprecisiones jurídicas. Claro que peor opina un senador real que intervino en su texto. Me estoy refiriendo a CAMILO JOSÉ CELA, que dice de ella que: «El texto constitucional remitido por el Congreso es triste, aburrido y necesariamente hortera...».

Desde el punto de vista personal, al hablar doblado la esquina del medio siglo, he podido tocar dos momentos constitucionales españoles. El primero fue de pantalón corto, sin vello en las piernas, y el segundo lo es cuando ya voy adivinando la recta final y voy perdiendo la necesidad de la curiosidad... aunque no arrastre todavía los pies. Por eso, la posible valoración personal no os puede servir. Creo que solamente el aspecto jurídico que os pueda ofrecer dentro de mi ángulo —mi maceta hipotecaria, si queréis— es el que puede tener un valor para vosotros.

De las dos posibles maneras de entender la Constitución, constitución liberal y constitución marxista, parece claro que la nuestra se adscribe al movimiento liberal teniendo un contenido de normas, disposiciones abstractas y generales que establecen la imposibilidad de un arbitrio del poder. No es, por ello, una «norma refleja» en la que se recogen en cada momento los avances dados por el Estado socialista en la construcción de una sociedad de ese tipo. Pero no es *fuerza del Derecho*, aunque la Constitución forme parte del ordenamiento jurídico, como dice el artículo 9 de la misma. La Constitución no otorga más que un poder o facultad para dictar normas jurídicas ajustadas a los principios, los cuales sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (artículo 53,1,3.º). Esos argumentos y otros, como los del recurso de inconstitucionalidad, los expongo con más detenimiento en esa publicación del Ministerio de Hacienda, Dirección General de lo Contencioso, que acaba de ver la luz. No me extiendo, por ello.

Para centrar el tema vamos a destacar, dentro del texto de la Constitución, dos materias que están en íntima conexión, como son el instrumento técnico de publicidad que aporta la institución registral y el tratamiento que el urbanismo y la propiedad tiene dentro de la misma.

A) EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN

Resulta muy aventurado decir que la Constitución española dedica una especial referencia al Registro de la Propiedad, pero sí creo que de su texto —aunque no fuera ésa la intención de sus elaboradores— se puede descubrir una referencia al Registro de la Propiedad, a alguno de los principios que estructuran la ciencia hipotecaria y a la patente diferencia existente entre los Registros jurídicos y los administrativos. Todo ello dentro de una imprecisión espectacular que demuestra la poca formación de quienes intervinieron en la redacción.

Que el artículo 149,8.º de la Constitución se está refiriendo al Registro de la Propiedad al hablar de la «ordenación de los Registros»

como materia de exclusiva competencia del Estado español, resulta indudable, no ya por la referencia genérica que establece, sino porque enlaza con la frase «instrumentos públicos» base de «nutrición» de los Registros Jurídicos de Bienes. Esta necesidad estatal de organización a nivel nacional de los Registros y los instrumentos públicos —que lleva consigo la exclusiva— no viene a demostrar más que la efectividad que las dos instituciones tradicionales del Notariado y Registro ofrecen como fundamental base para asegurar lo que se denomina «seguridad del tráfico jurídico». Admitiendo que la frase «ordenación de los Registros» tenga un carácter general y no circunscrito a los «Registros Jurídicos» en virtud del enlace que la misma tiene con la de «instrumentos públicos», comienza a ser sistemático que de esa generalidad se dé una norma especial para lo que la misma Constitución llama «Registros administrativos». Es el artículo 105, apartado B), el que al asimilar a los archivos con los registros administrativos, concede a los ciudadanos el acceso a los mismos, dando así un trato diferencial entre lo que la doctrina llama publicidad noticia (lograda por el simple acceso), de la publicidad efecto, que surge en base de unos principios que tratan de mantener la seguridad del tráfico jurídico.

No me gustaría cansaros mucho con este tema, pero presiento que ciertas debilidades privatistas y unos ataques solapados por parte de los administrativistas pretenden unificar «administrativamente» todos los Registros y creo que es hora de levantar banderas y no arriarlas o ponerlas a media asta.

De todos vosotros es conocido el trabajo de MIGUEL MONTORO PUERTO (creo que ahora con cargo oficial) que mantiene un tratamiento unitario de la actividad registral, pretendiendo que todos los Registros responden a unos mismos principios y que todos deben tener una normativa común. Este trabajo, hecho bajo la tremenda realidad de la penetración pública del Derecho privado, resulta hoy día anacrónico a la vista política de las autonomías... Facilitaron este trabajo ciertas concesiones terminológicas de autores prestigiosos que militan en el campo privado, como son LÓPEZ MEDEL, PASCUAL MARÍN, GONZÁLEZ PÉREZ y AMORÓS GUARDIOLA, aunque este último rectifica en su ponencia presentada al II Congreso Internacional de Derecho Registral. Todo ello ha ido creando un clima poco propicio a la diferenciación apuntada, hasta el punto de que en el último Congreso Internacional de Derecho Registral se ofreció una afirmación que a mí se me antoja semejante a una herejía jurídica... o, por lo menos, me pone en el borde de renunciar a Satanás, a sus pompas y a mi condición de jurista. Me estoy refiriendo a JOSÉ MENÉNDEZ, que en Puerto Rico dijo: «Con frecuen-

cia se acude al sencillo expediente de oponer los Registros jurídicos a los Registros administrativos para justificar en estos últimos la ausencia de unos principios informadores y la escasez de garantía jurídica. Creemos que es llegado el momento de frenar la diáspora de la muchedumbre de los apellidados Registros administrativos. Si pensamos que todos ellos (al igual que el de la Propiedad y los tildados de jurídicos) están constituidos y se rigen por *disposiciones normativas*, habremos de concluir que, en definitiva, todos los Registros son jurídicos, porque no hay razón para esoterizar el concepto de lo jurídico con significados minimizadores de alcance pseudocientífico». Es decir, que para este autor se identifica lo «normativo» con lo «jurídico» y así, por ejemplo, un Registro farmacéutico, un Registro bancario, un Registro policíaco, por el hecho de tener una «normativa» que lo regule se hace sin más «jurídico».

Creo que no es el momento de entrar a discutir la equiparación de los términos «normativo» y «jurídico», pues el problema se desplaza en ese tema del campo de lo normativo o de lo jurídico al de la publicidad. Predicar la nota o el principio de publicidad como unitaria para todos los Registros es incurrir en el desconocimiento de los diferentes matices que aquélla tiene. Es un poco como la fórmula que utiliza la Constitución española en el artículo 22, 3.º, al entender que las asociaciones «deberán inscribirse en un registro a los *solos* efectos de la publicidad». ¿Qué habrá querido decir el legislador constitucional con esa fórmula?

La publicidad efecto, privilegio de los Registros jurídicos, supone que el contenido de los mismos se entiende pleno frente al adquirente que reúna determinados requisitos. Este singular efecto debe, en principio, ser considerado como jurídico y no como «normativo». Se trata de un aspecto jurídico del Derecho y no de la norma. Es Derecho justo y no Derecho normativo. Y la justicia del supuesto viene dada por un superior principio que, como veremos, recoge la Constitución: el de la seguridad del tráfico jurídico. Me hubiera gustado profundizar más en esta cuestión, sobre todo, trayendo a vuestra atención la notable diferencia existente, por ejemplo, entre los llamados Registros administrativos de aprovechamientos de aguas que se llevaban en el Ministerio de Obras Públicas, y que me imagino se seguirán llevando, y a los que hizo alusión CABELLO DE LA SOTA en una conocida publicación (*La prescripción y los aprovechamientos de aguas públicas*) entendiendo que los mismos, según las disposiciones que los crearon y la jurisprudencia que los desenvolvió, eran de carácter administrativo, dados los fines «estadísticos» que persiguen. En este sentido, la Sentencia

de 2 de marzo de 1932. Conviene, sin embargo, citar el Real Decreto de 29 de junio de 1978, que resuelve un caso de conflicto de competencias y en algunos de sus pasajes se registran frases como la de: «el acto de inscripción en el Registro de Aprovechamiento de aguas públicas... es acto puramente administrativo y equivale a una concesión...» y la más importante de todas: «la no inscripción en el Registro de la Propiedad implica que el aprovechamiento no pueda surtir efectos respecto de terceros, por aplicación del artículo treinta y dos de la Ley Hipotecaria».

Pasando a otro tema, hay que intentar arrancar a la Constitución española un principio fundamental del sistema hipotecario español. ¿Se quiso su formulación? El legislador constitucional, en su «zarpazo» para la enunciación de principios, formuló uno en forma genérica y tosca. Quizá no sea preciso más. En diversos artículos la Constitución habla de «garantías», respeto, protección de derechos y hasta de «seguridad», pero solamente en el artículo 9 se pronuncia en forma genérica a favor del principio de «seguridad jurídica». Al intérprete le corresponde el desarrollo del principio para extender el mismo a todos los supuestos que merezcan cobijarse en el mismo. En buena hermenéutica es imprescindible no excluir casos o situaciones que excepcionen la formulación genérica. De ahí que haya que acudir a la conocida tesis que contempla la seguridad jurídica en una doble vertiente: la del Derecho y la del tráfico. La primera asegurada por la autoridad judicial ante el Derecho conculcado y la segunda ante la eficacia publicitaria de los pronunciamientos registrales. De no entenderlo así —y pensar que sólo a la seguridad del Derecho se refiere—, el principio no tendría el alcance programático que lo inspiró.

No quiero dejar de referirme al principio de «legalidad» al que también alude el artículo 9 de la Constitución. Sería casi pretencioso considerar que el mismo tiene un contenido sustancial con destinatario fijo: el de la calificación registral. Pensar eso supondría entrar en esa especie de crisis psicológica que refleja la «manía persecutoria»... comprendo que hay persecución, a la vieja usanza de los cristianos primitivos, pero no creo que eso nos legitime para que el legislador constitucional nos haya brindado el principio. Parece ser que, según los más autorizados autores, el principio de legalidad lo que supone es un otorgamiento a la Administración de poderes jurídicos emanados de la Ley, definiendo exactamente sus límites. La Administración actúa en ejercicio de ese poder, precisamente al servicio de la Ley y dentro de esas fronteras. Prescindiendo ahora de si nuestra función calificadora está o no inmersa en el campo administrativo, judicial o *sui generis*, lo que sí es claro que

la Ley nos otorga un poder de calificación para velar por el principio de legalidad y que, aunque no seamos Administración, debemos quedar incluidos en ese principio genérico que formula la Constitución. Al funcionario que ejerce este poder, en el caso particular nuestro, no se le puede confundir con un administrativo, pues, a diferencia de lo que sucede en el campo de la función administrativa, el que ejerce ese singular poder no actúa en nombre del Estado y sí en su propio nombre y bajo su exclusiva responsabilidad. La diferencia resulta auténticamente importante a la hora de la decisión, pues no es lo mismo tener detrás el patrimonio del Estado que tener el patrimonio propio. En un tema de matices...

B) URBANISMO Y PROPIEDAD

El tema o los temas del urbanismo y propiedad —y los agrupo porque por ahora lo urbano sigue siendo preferente a lo rústico— ocupa tres referencias constitucionales dignas de comenar: a) El artículo 47 habla de que «todos los españoles tienen derecho a vivienda 'digna y adecuada'», concediendo a los poderes públicos la facultad de dictar las normas pertinentes para regular la utilización del suelo e impedir la especulación, debiendo participar la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística. b) El artículo 148, 1, 3.º, otorga a las Comunidades autónomas la competencia para la «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda», sin que se reserve el Estado en forma exclusiva esta competencia, pues el artículo 149 sólo habla de «medio ambiente y obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad autónoma». c) El reconocimiento que se hace del Derecho de propiedad y la delimitación que de ellos debe hacer la función social, de acuerdo con las leyes (artículo 33).

Me vais a permitir que, por razones de brevedad y de alguna precisión, margine el primero de los problemas. A mí me producen *temblores urbanísticos* lo que debe o debemos entender por vivienda «digna y adecuada», pero si lo relaciono con la expresión «todos los españoles», los temblores se hacen nacionales. Tampoco me atrevo a penetrar en el segundo de los puntos citados, pues el otorgamiento de competencia a las Comunidades Autónomas para la ordenación de su territorio me imagino que será dentro del marco de una ley general, bien sea la actual del Suelo o cualquiera otra que se publique y los problemas que nos afectan serán genéricos a todas las regiones en materia hipotecaria y de publicidad.

A mi entender, el tema que ofrece más densidad es la formulación

del reconocimiento de la propiedad privada y la herencia bajo la fórmula de que «la función social de estos derechos *delimitaran* su contenido, de acuerdo con las leyes». No voy a trazar la trayectoria de la vieja institución de la propiedad y sí sólo recordaros cómo en el campo urbanístico se han registrado construcciones diversas, cuales son la de la propiedad urbana como especial, la emanada del Plan, la propiedad como volumen edificable, la que se deriva de las limitaciones del dominio y, dentro de ella, la que reconoce limitaciones, la que habla de cargas, la *obligatio propter rem* y la que parece recoger la Constitución: la de las delimitaciones del dominio a que al comienzo de estas notas hacíamos referencia. La tesis la mantienen casi todos los urbanistas (MARTÍN BLANCO, MARTÍN MATEO y NÚÑEZ RUÍZ) e incluso algún hipotecarista, como BONILLA ENCINA, aunque luego, a la hora de enfrentarse con los argumentos decisivos para justificar una publicidad, éstos se apoyan en la idea de la «cognoscibilidad legal».

De lo peligroso de la tesis creo que os apercebiréis, ya que si la delimitación de la propiedad no supone más que la expresión del contenido normal, no será precisa una publicidad registral más que de titularidad, pero no de contenido, ni limitaciones que vendrán precisadas legalmente. Resulta sumamente curioso que el mismo que difunde la teoría de nuestra patria, GARCÍA DE ENTERRÍA, rectifica en una conferencia que pronuncia en el Colegio Nacional de Registradores, hablando de la necesidad de un «verdadero sistema de publicidad y de seguridad, función en la que probablemente pueda corresponder un papel destacado a la institución del Registro de la Propiedad, aunque al margen del sistema analítico y por fincas con que hoy está organizado...».

Esta tesis constitucional era perfectamente encaiable en la primitiva Ley del Suelo, pero choca abiertamente con la de reforma de 2 de mayo de 1975, en la que, como todos sabéis, en su disposición final treceava o decimotercera se abría la oportunidad de una reforma de la legislación hipotecaria para asegurar que las limitaciones y deberes establecidos por la legislación, planes, programas, proyectos, normas y ordenanzas se reflejasen con toda exactitud en el Registro de la Propiedad.

Lo que de verdad ha sucedido es que el legislador hipotecario, bueno, el reformador del Reglamento Hipotecario consideró más urgentes otras reformas del mismo en materias que luego resultaron muy discutibles y dejó el paso franco a la publicación de unos Reglamentos de Planeamiento y disciplina urbanística de 23 de junio de 1978 que van en contra de lo dispuesto en la Ley y suponen un conjunto de disposiciones fraudulentamente formuladas en desarrollo de una ley que partía de principios contrarios. Y ahí es donde está el auténtico conflicto, pues

si dichos Reglamentos son *contra legem* y, sin embargo, parecen ajustarse a la tesis constitucional de la teoría de las delimitaciones del dominio, planeamos la reivindicación de una norma que siendo nula, por ir contra lo dispuesto en la Ley, se convierte en válida por vía del pronunciamiento de un principio constitucional. ¿La nulidad es convalidable?

La Constitución española, en su artículo 9, parte de la base de que dentro de los principios que enumera está el de la «publicidad de las normas». Es todo el gran tema de la ignorancia del Derecho, de su inexcusabilidad y de la problemática de la buena fe. Aceptando, que es mucho aceptar, que el Plan de Ordenación tenga la categoría de norma (lo cual la doctrina administrativista no es generalmente conforme), resulta que para vincular necesita ser publicada y ahí es donde falla la Ley del Suelo, ya que, conforme a los artículos 56 y 55, la versión de la «publicidad» es raquítica y me atrevería a decir que escrofulosa. Es la aprobación del Plan lo que se publica y se concede al ciudadano la posibilidad de consulta. Este es todo el gran tema sobre el que ha girado el famoso cumplimiento de la exigencia de la licencia urbanística conforme a los antiguos artículos 78 y 79 (hoy, 95 y 96 de la vigente Ley del Suelo) y que aclaró la Resolución de la Dirección General de los Registros en el sentido de que su posible incumplimiento era debido a «desconocimiento de las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana del Area Metropolitana de Madrid». La idea se repite con alguna variante, exigiéndose una denuncia concreta en la Resolución de 21 de agosto de 1978 en contestación al Colegio de Arquitectos de Andalucía Occidental y Badajoz.

Creo que fue el CONDE DE ROMANONES el que decía que no le importaba mucho que sus adversarios políticos legislasen si a él le dejaban dictar los reglamentos de aplicación. Creo que esto sigue siendo verdad, aunque ahora el módulo no es el desarrollo de una ley, sino el de una Constitución a través de leyes, aún a pesar del recurso de anticonstitucionalidad. Sin embargo, se hizo patente en ese Reglamento de 23 de junio de 1978, aprobado por Real Decreto, en el que avanzando la letra de la Ley —y tratando de burlar la disposición treceava de la opción hipotecaria— se establece la publicidad referida a la totalidad de los documentos que constituyan el Plan (cosa que, sin embargo, es de imposible cumplimiento si de verdad se contempla un Plan de Ordenación). Aparte de ello hay un conjunto de medidas de creación de libros registros, cédulas urbanísticas, licencias, etc., aunque no esté claro aún si el urbanista-administrativo decide la sanción de nulidad o la exigencia de una responsabilidad administrativa para los casos de incumplimiento

de sus disposiciones. Y es que para saber si el acto es o no nulo hace falta tener una «concepción plana» del Derecho y no esa tremenda experiencia administrativa de mesa ministerial o bufete acreditado... Ya os advertía antes que hay derechos que aún no han regresado al hogar con la idea del Derecho. También el Estado español tiene competencia exclusiva para dictar las normas que han de 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. De la redacción de este párrafo del artículo 149 de la Constitución hay que deducir la existencia, además de un Derecho común, uno foral y otro especial, ya que si el Derecho foral se equiparase al especial, no había por qué haber repetido la expresión.

Conforme a la Constitución se sigue el mismo criterio que parece emanar del artículo 16 del Código Civil, al aplicar sólo en forma supletoria el Derecho común en defecto de normativa en la ley especial.. Por ello, mientras el criterio no varíe, y si varía entraríamos en un recurso anticonstitucional, la teoría de las fuentes del Derecho debe seguir siendo la misma que hasta ahora, siendo difícil que prospere la tesis mantenida por ese ilustre administrativista.

Si ello fuera cierto, el ordenamiento jurídico español, aparte de por la Constitución, estaría formado por un conjunto de derechos comunes y no especiales: procesal, mercantil, administrativo, hipotecario, fiscal, etcétera, los cuales nunca tendrían la problemática de lagunas, ya que serían normas «completas» capaces de resolver sus propios problemas en base de los principios que les sirven de fundamento.

La cosa parece un poco fuerte, pero a base de esas audacias se ha logrado levantar la bandera del Derecho administrativo.

En forma de conclusión había que pensar serenamente en un desarrollo constitucional de la fórmula que se emplea para hablar de la delimitación de la propiedad, esto es, la llamada «función social» que ha de estructurar la misma. De cómo debamos entender esa «función social» y hasta qué límites debe jugar en los perfiles de la institución es el tema pendiente para poder afrontar un futuro registral.

III. IMPORTANCIA DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y SUS APORTACIONES EN LA POLITICA SOCIAL DE ORDENACION DEL TERRITORIO

Aunque yo no crea mucho en las estadísticas, me hubiera gustado traeros algunas que pudieran apoyar la importancia del sistema registral en orden a esa política social de ordenación del territorio y no sólo den-

tro del campo del urbanismo, sino del medio rural y agrícola. A falta de estadísticas habrá que utilizar balances, opiniones doctrinales y realidades tangibles.

MARTÍN MATEO, ese administrativista —gran amigo mío— metido a urbanista, tuvo no hace mucho una frase poco feliz al referirse a las relaciones entre el Registro de la Propiedad y el Urbanismo. El artículo, «La penetración pública en la propiedad urbana», del citado autor —publicado por la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*— dice que SAVATIER *nos habla de la propiedad del espacio, que es hoy una auténtica realidad en el mundo de los planificadores y de las relaciones económicas, pero que todavía no ha sido plenamente asimilado ni por los juristas ni por los instrumentos registrales y catastrales, que aseguran el tráfico*. Y lo curioso del caso es que a mí MARTÍN MATEO me parece un hombre inteligente, que brilla en cualquier sector del Derecho menos... en el Derecho Hipotecario, del que tiene lo que ENTERRÍA nos atribuye a los juristas: una concepción «plana» y estéril.

Precisamente es ahí donde reside toda la carga explosiva del reto que la política social de ordenación del territorio tiene con el Registro de la Propiedad. Sería muy difícil hacer un resumen que reflejase lo que acabo de afirmar, pero vamos a intentarlo con unas breves pinceladas para luego insistir en las soluciones concretas a ciertos problemas y terminar con el principio de legalidad.

A) APORTACIONES A LA POLÍTICA SOCIAL

- a) Considero que la institución del Registro de la Propiedad es de carácter aséptico que sirve públicamente en forma intemporal las diferentes etapas por las que la política económica y social de la propiedad atraviesa. Se trata de una institución con carácter de «permanencia en el tiempo», pues la serie de principios que estructuran el sistema permiten garantizar la seguridad de un derecho sobre una propiedad, bien tenga éste carácter social o individual.

En mejor forma lo había dicho ya LA RICA y ARENAL al ingresar en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en el año 1962, sus frases parecían «lejanas»... «La función social que la propiedad debe cumplir, esta sujeción al bien común que nadie discute, halla, por así decirlo, respecto del inmueble, en la institución del Registro de la Propiedad y en su sistema, el instrumento más apto, el auxiliar más idóneo para el cumplimiento práctico de las funciones que estas modernas con-

cepciones requieren. La propiedad privada inscrita en el Registro de la Propiedad cumple dócil y acata resignada los mandatos del Estado relativos al cumplimiento de la función social en los muy diversos órdenes que ésta abarca».

- b) De esa construcción que inician en la doctrina SPANTIGATI y SAVATIER con el contenido tridimensional, el *ius edificandi*, el «volumen de edificabilidad», etc., y su posible adaptación al sistema registral creo que desde la Universidad de Pamplona se ha dado ya la respuesta, pues de todos vosotros es conocida esa magnífica monografía que escribe JOSÉ ANGEL TORRES LANA bajo el título «La configuración jurídica del volumen de edificabilidad».
- c) En el campo agrario, en relación con el Registro de la Propiedad, hay en la actualidad un estupendo estudio, base de la tesis doctoral, de CORRAL DUEÑAS que termina uno de sus capítulos con esta significativa frase: «partiendo de este concepto del dominio cada vez más supeditado a una planificación de nivel nacional, el papel a desempeñar por el Registro de la Propiedad se ha revalorizado de modo bien patente, ya que puede constituir un medio de la máxima eficacia para conseguir los objetivos propuestos».

No hace mucho, en la Novena Conferencia de Derecho Mundial presentamos JOSÉ LUIS LASSO y yo una especie de comunicación de lo que el Derecho Inmobiliario representa en el campo nacional e internacional. El posible éxito de todo planeamiento o de las medidas de planeamiento reside en saber aprovechar esos dos grandes principios que son el eje de los sistemas jurídicos de bienes, es decir, la publicidad y la seguridad jurídica, para ponerlos al servicio de dichos planeamientos. En suma, alcanzar la inserción, lo más amplia posible, en los sistemas tradicionales de publicidad inmobiliaria. Sólo a través de una adecuada ordenación de las medidas pertinentes pueden quedar salvaguardados los legítimos intereses individuales y los fines públicos que se persiguen.

A título puramente anecdótico, pero rigurosamente cierto, os contaré cómo en la última obra teatral de ANTONIO GALA que se está representando en Madrid y que lleva por título «Petra Regalada», se hace una alusión positiva a los Registros de la Propiedad. GALA, como todos sabéis, proyecta en sus obras todos sus tres estigmas (la Iglesia, los cuarenta años de paz y la homosexualidad), pero en esta ocasión arremete brutalmente con sectores sociales como son el Notariado y la Judica-

tura, poniendo en boca de sus personajes frases difamatorias propias de ser conducido a un Juzgado de Guardia. Sin embargo, al tocar la institución registral se hace eco de su necesidad haciendo decir a otro personaje de su ficción teatral que los datos que suministra son muy necesarios para la reforma social de la tierra.

B) SOLUCIONES CONCRETAS

La fricción que desde la publicación de la primitiva Ley del Suelo se produce reside en que se manejan conceptos distintos. La Ley del Suelo y los planes operan sobre zonas, áreas, polígonos, terrenos de gran amplitud, etc., sometiéndolos a ciertas clasificaciones, limitaciones y condicionamientos, pero no manejan la individualidad de cada finca, concretada en esas descripciones registrales. Creo que si se parte de esta idea podríamos llegar a ciertas precisiones para casos concretos.

- a) *Licencias y cédulas urbanísticas*.—El pasado año explicamos en Sevilla RAFAEL ARNÁIZ y yo un conjunto de temas de Derecho urbanístico y, fundamentalmente, el problema de las licencias que a los andaluces les preocupaba mucho.

RAFAEL ARNÁIZ me explicó un poco de palabra su tesis que ya había mantenido en Barcelona. Su criterio era desplazar el problema de las licencias al Ayuntamiento u organismo encargado de otorgar la licencia. El acto sin licencia se inscribe, se hace constar la falta de licencia por *nota marginal* y se oficia al Ayuntamiento para que sepa la existencia del acto y pueda proceder en consecuencia. Las razones jurídicas en que apoyaba su tesis no os las puedo ofrecer, pero las extraía de la comparación en la redacción de ciertos artículos de la Ley del Suelo.

Es una solución un poco análoga a la que yo proponía en la llamada fase de «formulación de planes» (cosa muy diferente, por ejemplo, de la fase previa a la concentración parcelaria que de todos es conocida) y su aprobación, sin publicidad. En esta fase es donde yo creo que habría que dar vitalidad a la «cédula urbanística», pero con un sentido diferente al que la Ley plantea. La legislación urbanística parte de grandes extensiones de terreno, mientras que el Registro parte de la individualidad de la finca; pues bien, hay que partir de este último presupuesto y dar a la expedición de la certificación registral el carácter de «cédula urbanística», siempre que la misma se

presente en el Ayuntamiento respectivo para que se extienda en ella una diligencia en la que se haga constar si está o no afecta al Plan, si su suelo es o no urbanizable, programado o no, etc. Esta diligencia permitiría un reflejo posterior registral y una facilitación de la contratación y cumplimiento de requisitos legales... Yo ya comprendo las dificultades, pero hay que proponer soluciones.

- b) *La protección de la legalidad urbanística.*—Hay dentro de la normativa de la Ley del Suelo y del Reglamento de Disciplina Urbanística una serie de supuestos, como los actos de suspensión de edificación o uso sin licencia, paralización de las obras, lesividad de las licencias, anulación de las mismas, reposición de situaciones, orden de demolición, obras fuera de ordenación, etc., que podrían ser publicadas y de hecho y de derecho deben serlo a través de una anotación preventiva de publicidad. Igualmente puede aplicarse la técnica de estas anotaciones a la iniciación de expedientes de disciplina urbanística. Por el contrario, ya habría que pasar a las anotaciones de embargo administrativo cuando se trate de sanciones económicas impuestas por el expediente de disciplina urbanística. Cobra así gran importancia la figura de la anotación preventiva como instrumento facilitador de relaciones urbanísticas y registrales.

Creo que estos dos ejemplos que he puesto, marginando esa jungla de casos que exigen un debido enlace, pueden ser un camino para la deseada normalización de situaciones. Queda aún por perfilar ese difícil y discutido problema de las urbanizaciones, donde AVILA ALVAREZ y AMORÓS GUARDIOLA se han pronunciado recientemente.

Para terminar sí me gustaría reproducir algunas opiniones que tanto RAFAEL ARNÁIZ como JOSÉ LUIS LASO han expuesto al hablar del principio de legalidad que programáticamente formulado en forma genérica por el artículo 9 de la Constitución, debe recoger el de la facultad calificadora de los Registradores, que contribuye en forma indispensable para la seguridad del cumplimiento de las normas.

Las garantías del cumplimiento de los planes o de las obligaciones impuestas a la tierra, la interdicción de la arbitrariedad evitando indebida invasión de los derechos de los particulares y el aseguramiento de las obligaciones contraídas por quienes, amparados en el planeamiento, en ocasiones burlan sus determinaciones, en fraude de los derechos sociales, son medidas todas ellas que encajan perfectamente dentro de la sistemática de los registros jurídicos de bienes. Y ello tanto por su pro-

pia estructura, desde el punto de vista en que los bienes constituyen el núcleo central de su desarrollo, como por la verificación de la legalidad de la acción tanto pública como privada a través de un órgano independiente y responsable que colabora así decisivamente en el mantenimiento del orden social y en la formación de los conceptos jurídicos propios de una sociedad libre y desarrollada.

La decisiva y estrecha colaboración entre la facultad constructiva de la actuación notarial, junto con la calificación registral, no solamente asegurarán la legalidad vigente, sino que servirán con su constante intervención de mosaicos inspiradores de infinidad de soluciones que no pueden tener desarrollo y efectividad en un campo como el administrativo en el que, si bien cabe atribuirle un auge expansivo indiscutible, no le asiste por ahora la plenitud de unos principios jurídicos, desde los cuales la imaginación, asistida de la teoría y la ciencia, pueden seguir brindando al mundo soluciones ajustadas a Derecho.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad