



Revista Jurídica Comunidad de Madrid

N.º 24
Julio
Dicem.
2006



Revista **JURÍDICA** *de la* **Comunidad de Madrid**

N.º 24 Julio-Diciembre

Año 2006

Estudios

Ayudas de Estado, por *José Ramón Aparicio de Lázaro*

La Inspección de Hacienda. Más allá de una definición funcional, por *Pedro A. Fuster González*.

La protección del Tráfico Jurídico Inmobiliario en función del momento concluyente para la Prioridad Registral: Estudio del Modelo Español, por *Gabriel de Reina Tártiere*.

La Protección del Patrimonio Familiar y Empresarial en el Derecho Sucesorio. La Delegación de la Facultad de Mejorar del artículo 831 del Código Civil, por *Ana I. Berrocal Lanzarot*.

Sobre el concepto de Representación en los orígenes del Constitucionalismo Hispánico. Una reflexión historiográfica sobre los aspectos jurídico-políticos de la «Consulta al País»: 1809-1810, por *David Agrait García*.

Comentarios

Puntos clave de la nueva Reforma Laboral, por *Eduardo Díaz Abellán*.

Regulación de la Tarjeta Sanitaria Individual en la Comunidad de Madrid, por *Luis Sarrato Martínez*.

Selección de Dictámenes

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid.
Tercer y Cuarto trimestre 2006

R1395

17 SEP 2007





NORMAS DE PUBLICACIÓN

Director:
Eugenio López Alvarado
Comisión de las Ciencias Jurídicas
y Sociales de la Universidad de Madrid

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 24. Julio-Diciembre 2006

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid son de exclusiva competencia de la Comisión de las Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Madrid. Los que no se publiquen en esta revista serán considerados no publicados.

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid es una publicación trimestral que se publica en julio, octubre y enero de cada año. El contenido de la revista es de carácter científico y de interés general para la comunidad jurídica de la Comunidad de Madrid.

Para acceder a esta revista se debe acudir a la biblioteca de la Universidad de Madrid o al Servicio de Documentación de la Comunidad de Madrid. El precio de la revista es de 10 euros.

Los autores de los trabajos publicados en esta revista tendrán derecho a un ejemplar gratuito de su obra. Los autores de los trabajos publicados en esta revista tendrán también derecho a un ejemplar gratuito de su obra.

Fecha de aparición:
Diciembre 2006
ISSN: 1135-5801
Deposito legal: M. 4.021/1987
REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Director:

Eugenio López Álvarez
 Director General de los Servicios Jurídicos
 eugenio.lopez.alvarez@madrid.org

Subdirector:

Javier Cepeda Morrás
 Subdirector General de lo Consultivo
 javier.cepeda@madrid.org

Edita:

Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno
 de la Comunidad de Madrid
 Puerta del Sol, 7. 28013 Madrid

Imprime:

Imprenta del organismo autónomo
 Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no comparte necesariamente ni se hace responsable de las opiniones expresadas por sus colaboradores.

La revista está también disponible a través de Internet en la página web de la Comunidad de Madrid:
<http://www.madrid.org>

Puede accederse a ella dentro de «Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno» o, directamente, en
http://www.madrid.org/revista_juridica

Y en Intranet

http://infomadrid/revista_juridica

Tirada: 780 ejemplares
 Edición: 08/07
 I.S.S.N.: 1139-8817
 Depósito legal: M-6.420-1999
 IMPRIME: B.O.C.M

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Podrán ser remitidos para su publicación en la Revista Jurídica cualesquiera trabajos jurídicos que no estén publicados o pendientes de publicación. La dirección de la Revista decidirá la aceptación de los trabajos y su publicación, comunicando a los autores el número en el que se incluirán. Tendrán preferencia todos aquellos trabajos que directa o indirectamente se relacionen con la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica podrán aparecer en cualquier otra publicación, previa autorización de la Dirección de la misma. Los que no se publiquen no serán devueltos, salvo que se solicite por escrito.

Los trabajos se remitirán en papel, por una sola cara, y en disquete, preferentemente en el sistema Word, acompañando una hoja aparte en la que se hará constar el título del trabajo, el nombre del autor, profesión, dirección, NIF, número de teléfono, fax y/o correo electrónico.

No se enviarán pruebas de corrección a los autores por lo que los trabajos deben presentarse en su versión definitiva.

Los autores de los trabajos publicados serán remunerados en la cuantía que se establezca por la Dirección y conforme a la disponibilidad presupuestaria y recibirán tres ejemplares de la Revista.

CONTENIDO	229
Resolución de la Delegada Sindical en la Comunidad de Madrid (Luis SARRATO MARTINEZ)	243
Selección de Dictámenes	251
Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Tercer y Cuarto trimestre 2006	273

ÍNDICE

Estudios

<i>Ayudas de Estado</i> (José Ramón APARICIO DE LÁZARO).....	11
<i>La Inspección de Hacienda. Más allá de una definición funcional</i> (Pedro A. FUSTER GONZÁLEZ)	43
<i>La Protección del Tráfico Jurídico Inmobiliario en función del momento concluyente para la Prioridad Registral: Estudio del Modelo Español</i> (Gabriel DE REINA TARTIERE)	55
<i>La Protección del Patrimonio Familiar y Empresarial en el Derecho Sucesorio. La Delegación de la Facultad de Mejorar del artículo 831 del Código Civil</i> (Ana I. BERROCAL LANZAROT) ..	101
<i>Sobre el concepto de Representación en los orígenes del Constitucionalismo Hispánico. Una reflexión historiográfica sobre los aspectos jurídico-políticos de la «Consulta al País»: 1809-1810</i> (David AGRAIT GARCÍA).....	153
Comentarios	227
<i>Puntos clave de la nueva Reforma Laboral</i> (Eduardo DÍAZ ABELLÁN).....	229
<i>Regulación de la Tarjeta Sanitaria Individual en la Comunidad de Madrid</i> (Luis SARRATO MARTÍNEZ)	243
Selección de Dictámenes	251
Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Tercer y Cuarto trimestre 2006	275

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Editorial
Calle de la Princesa, 101
28002 Madrid
Teléfono: 91 520 10 00
Fax: 91 520 10 01
www.editoriallapo.es

Redacción

Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación. Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación. Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación. Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación.

Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación. Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación. Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación. Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación.

Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación. Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación. Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación. Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación.

Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación. Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación. Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación. Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación.

Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación. Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación. Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación. Los trabajos que se envíen a la Redacción deben ser originales y no haber sido publicados en ningún otro medio de comunicación.

Estudios

11 Ayudas de Estado (José Ramón Aparicio de Casaró)

43 La protección de los derechos. Más allá de una definición (Joaquín Ferrer A. Fuster González)

53 La protección del trabajo jurídico internacional en función del momento correspondiente para la protección jurídica. Estudio del Abogado Español (García de Alina Jantzer)

101 La Protección del Patrimonio Familiar y Residencial en el Derecho Europeo. La Dirección de la Protección de los Derechos de los Estados (Ana I. Hierro de Casaró)

123 Sobre el concepto de Residencia en los países de la Unión Europea. Los efectos jurídicos de la Comisión de la Unión Europea (David García)

137 Comentarios

159 Comentarios sobre la nueva Ley de Extranjería (Eduardo Díaz Abellán)

163 Registros de la Unión Europea (Joaquín de Casaró de Alina Jantzer)

181 Selección de Documentos

203 Leyes y Decretos de la Comisión de la Unión Europea y el Consejo (García de Alina Jantzer)

ESTUDIOS

INTRODUCCIÓN

Este libro pretende ser una guía para el estudio de las ayudas de estado en el ámbito de la Unión Europea. El contenido se divide en tres partes: la primera trata de la definición de las ayudas de estado, la segunda de los procedimientos de control de las ayudas de estado y la tercera de los recursos de las ayudas de estado. El libro está dirigido a los estudiantes de Derecho y a los profesionales del sector.

El contenido de este libro se basa en el trabajo de investigación realizado por el autor en el marco del proyecto de investigación de la Universidad de Valencia.

AYUDAS DE ESTADO

POR
JOSÉ RAMÓN APARICIO DE LÁZARO¹

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL SISTEMA DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LAS AYUDAS DE ESTADO. 2.1. Principio de Aplicación Universal. 2.2. La Incompatibilidad del Mercado Común con las Ayudas que distorsionan la Libre Competencia. 2.3. Existencia de Norma de *Mínimis*. 2.4. Interpretación Flexible de las Excepciones. 2.5. Reconocimiento de Medios de Defensa y Garantía de Protección a los Intereses de los Competidores. 2.6. Consecuencia del Incumplimiento de las Normas Procedimentales previstas en el Artículo 88 TUE. 2.7. El Estándar de Diligencia Exigible al Empresario. 3. CONCEPTO DE AYUDAS DE ESTADO. 3.1. Existencia de Ayuda, entendida como Beneficio Económico. 3.2. Carácter Público de la Ayuda. 3.3. Carácter Selectivo de la Ayuda: Criterio de Especificidad. El Beneficiario de la Ayuda. 3.4. Falseamiento de la Competencia y Consecuencias en el Comercio Intracomunitario. 4. RÉGIMEN DE LAS AYUDAS DE ESTADO. 4.1. Criterios Materiales. 4.2. Criterios Procedimentales. 5. POSICIÓN DEL JUEZ NACIONAL EN EL SISTEMA DE CONTROL DE LA ADECUACIÓN DE LAS AYUDAS ESTATALES AL MERCADO COMÚN. 5.1. La Carencia de efectos directos del Artículo 87 del TUE. 5.2. Consecuencias Jurídicas. 6. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años viene planteándose un constante debate sobre el papel que debe desempeñar el Estado en el mercado; sobre el alcance de la intervención de las Administraciones Públicas en el mismo al objeto de favorecer determinadas actividades, con el fin último de favorecer a sus ciudadanos o si, por el contrario, debe primar el liberalismo económico basado en el famoso principio del «*Laissez faire, laissez passer*».

En ese sentido, las ayudas públicas a ciertas empresas o actividades económicas constituyen una manifestación del intervencionismo estatal en la economía cuya subsistencia resulta difícil de conciliar, *prima facie*, con las exigencias de la economía libre de mercado e, incluso, con el principio de igualdad consagrados, respectivamente,

¹ Funcionario de Carrera del Cuerpo de Técnicos Superiores de la Administración General de la Comunidad de Madrid.

en los artículos 38² y 14¹ de nuestra Constitución, de 27 de diciembre de 1978⁴.

Ahora bien, el reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía, de la cual cabría derivarse la existencia de un modelo económico capitalista, o de economía libre de mercado, prevista en el citado artículo 38 CE, debe ponderarse o matizarse, necesariamente, con otra serie de preceptos de nuestra Carta Magna, en particular con los artículos 33.2⁵, 128⁶ y 131⁷.

Así, como señala la STC 184/1981, de 16 de noviembre, la libertad de empresa «ha de ser compatible con el principio declarado en el apartado 1 del artículo 128». La STC 96/2002, de 25 de abril (FJ 11^o), deter-

² «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el contenido de la libertad de empresa debe entenderse no como el derecho a acometer cualquier empresa, sino como el derecho a iniciar en libertad una actividad empresarial (STC 225/1993, de 8 de julio, entre otras) pero sujeta siempre a ciertos límites (STC 227/1993, de 9 de julio).

³ «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Como explica L. M. CAZORLA PRIETO (*Comentarios a la Constitución*, Coord. GARRIDO FALLA; Civitas 2001) la libertad de empresa es un derecho que coexiste con otros muchos dentro del texto constitucional de 1978, de manera que aquella puede resultar matizada y limitada, particularmente por el principio de igualdad del artículo 14 CE. Sobre la incidencia del principio de igualdad, véanse las SSTC de 24 de julio de 1984 y 88/1986, de 1 de julio.

⁴ El hecho de que el sistema de economía de libre mercado reciba un respaldo en España por parte de la Constitución, frente a otros países en los que también rigiendo dicho sistema no ha necesitado tal respaldo, es destacado por GARCÍA-PELAYO (*Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución, en Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, libros póstumo, ciencia política, facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1979).

⁵ «La función social de estos derechos (propiedad privada y herencia, reconocidos en el punto 1 del mismo artículo) delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes».

⁶ «1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.»

⁷ «1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución. 2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley.» La STC 29/1986, de 20 de febrero, mantiene que «el Tribunal debe señalar que el artículo 131 de la Constitución responde a la previsión de una posible planificación económica de carácter general como indica su propio tenor literal, y que de los trabajos y deliberaciones parlamentarias para la elaboración de la Constitución se deduce también que se refiere a una planificación conjunta, de carácter global, de la actividad económica. Por ello, resulta claro que la observancia de tal precepto no es obligada constitucionalmente en una planificación de ámbito más reducido, por importante que pueda ser.»

mina que «hay que recordar que el art. 38 del Texto Constitucional dispone que los poderes públicos garantizan el ejercicio de la libre empresa de acuerdo con las exigencias de la economía general. Dicho mandato debe ser interpretado poniéndolo en relación, primero, con los artículos 128 y 131 CE [SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, F. 2; 111/1983, de 2 de diciembre, F. 10; y 225/1993, de 8 de julio, F. 3.B)].

Pero también, *sensu contrario*, debe admitirse que la iniciativa pública en la actividad económica ha de ser compatible con la libertad de empresa, es decir, que si se optase por un modelo económico de corte más intervencionista y social, sobre la base de los mencionados artículos 128 y 131, la libertad de empresa no se podría ver constreñida o limitada, sino que, nuevamente, se exigiría una ponderación entre ambos modelos. En ese sentido, la STC 22/1993, de 8 de julio (FJ 3^o), mantiene que «la doctrina de este Tribunal ya ha establecido que este derecho constitucional —en el que predomina «el carácter de garantía institucional» [SSTC 83/1984 y 123/1991]—, al ser la economía de mercado el marco obligado de la libertad de empresa (STC 88/1986), de un lado «viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad»».

De igual modo, la STC 37/1981, de 16 de noviembre (FJ 2^o), especifica que «es forzoso precisar (...) el contenido del (...) artículo 38 de nuestra Ley Fundamental en cuanto reconoce «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado». Como es obvio, tal precepto, en muy directa conexión con otros de la misma Constitución y, señaladamente, con el 128 y el 131, en conexión con los cuales debe ser interpretado, viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad».

Esta cuestión incide en lo que tradicionalmente se ha venido en llamar la «Constitución económica», es decir, la delimitación del modelo económico consagrado en nuestra Carta Magna. La STC 1/1982, de 28 de enero (FJ 1^o), señala que «En la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Este marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse, con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución cuyo preámbulo garantiza la existencia de «un orden económico y

social justo» y cuyo artículo 2.º establece un principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el 128, entendido en su totalidad; el 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros. Por otra parte, la Constitución fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecución exige la adopción de medidas de política económica aplicables, con carácter general, a todo el territorio nacional (artículos 40.1, 130.1, 131.1 y 138.1)».

De igual modo, la STC 64/1990, de 5 de abril (FJ 3º), previene que «Este Tribunal ha tenido ya, en diversas ocasiones, oportunidad de pronunciarse acerca del significado de la llamada «constitución económica», como conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, resaltando la importancia que, especialmente en estados como el nuestro de estructura territorial compuesta, adquiere la exigencia de que los principios básicos del orden económico sean unos y los mismos en todo el ámbito nacional, como proyección concreta del más general principio de unidad que el art. 2 de la Constitución consagra — SSTC 1/1982, fundamento jurídico 1.º; 11/1984, fundamento jurídico 5.º; 29/1986, fundamento jurídico 4.º—».

A este respecto, como explica CAZORLA PRIETO⁸ «en el momento en que se redacta el texto constitucional, junto al sector de economía privada, existía (...) un pujante sector público, que nos lleva a hablar de la existencia de una economía mixta. Era la época de las nacionalizaciones y de la intervención del Estado en la economía. Pues bien, en buena medida los primeros artículos del Título VII de la Constitución, <<Economía y Hacienda>>, se consagraron a delimitar el papel que pretendía darse a los poderes públicos en el campo económico y a acuñar los cauces por los que aquel debía transcurrir. Dentro de ellos ocupaba un lugar muy importante el precepto que ahora se examina⁹. Sin embargo, hoy es preciso tener en cuenta que las tendencias económicas en boga se inclinan por la liberalización del mercado y la libre competencia, al tiempo que se privatizan los servicios públicos e, incluso, la normativa comunitaria prohíbe, salvo algunas excepciones, que los poderes públicos alteren la libre competencia.» Este es, precisamente, el nuevo marco o escenario en el que se va a desenvolver la figura de las ayudas públicas, como se verá más adelante.

Las ayudas públicas tendentes a favorecer la economía nacional resultan ser, como ya se ha indicado, un ejemplo de la capacidad con que cuenta el Estado para actuar en el campo económico y, en espe-

⁸ L. M. CAZORLA PRIETO, ob. cit.

⁹ El artículo 128.2 CE; la aclaración es nuestra.

cial, una demostración de la iniciativa pública del artículo 128.2. CE. Dichas ayudas interesan, en primer lugar, a los propios Estados que, a veces, desarrollan políticas proteccionistas presionados por su propia opinión pública preocupada por el mantenimiento de los empleos nacionales y por la excesiva dependencia del comercio internacional.

En segundo término, a las propias empresas que desarrollan su actividad en el ámbito europeo y que pueden verse obligadas a competir frente a otras empresas nacionales subvencionadas o ayudadas con fondos públicos. Es evidente que la concesión de un beneficio es selectiva por naturaleza, no puede sino favorecer a unas empresas en detrimento de otras¹⁰. Y, a veces, para poder financiar de manera directa o indirecta a determinadas empresas o sectores económicos es preciso gravar de manera especial a los restantes sectores por lo que éstos pueden resultar discriminados.

Por último, de manera especial a la Unión Europea. El régimen de las «ayudas de Estado» y de su supervisión por la Comisión Europea constituye una cuestión de suma trascendencia para el Derecho europeo, necesario para la consecución de los propios objetivos del Tratado, y representa una importante limitación para la autonomía de las políticas económicas de los Estados miembros.

En definitiva, la construcción de un mercado caracterizado por el libre juego de la competencia y el libre intercambio comercial entre los Estados miembros justificó la organización por las autoridades europeas de una «policía económica» que asegurase la compatibilidad de las acciones estatales con los principios básicos de la integración comunitaria asentada en los principios básicos de libre circulación de mercancías, libre circulación de personas, libre prestación de servicios y libre circulación de capitales¹¹. Pero, sobre todo, el establecimiento de un mercado único interior puede verse en peligro por las políticas proteccionistas o de subvención de los Estados miembros.

Las instituciones europeas han afirmado que la principal prioridad de las normas de competencia es el establecimiento de dicho mercado único. Como señala la Comisión Europea¹², «la ayuda estatal puede minar la libre competencia no sólo al interferir el empleo más eficiente de recursos sino también al ser utilizada como barrera arancelaria y otras formas de proteccionismo». Y el propio Tribunal de Justicia

¹⁰ J. L. ARPIO SANTACRUZ, *Las ayudas públicas ante el Derecho Europeo de la competencia*. Aranzadi, Navarra, 2000.

¹¹ G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El Régimen de ayudas estatales en la Comunidad Europea*. Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas, Madrid, 1993.

¹² Séptimo Informe sobre ayudas estatales a la Industria y a otros sectores de la Unión Europea, Bruselas, 30 de marzo de 1999).

(TJCE, en adelante) ha mantenido la misma concepción desde sus primeros pronunciamientos.

2. EL SISTEMA DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LAS AYUDAS DE ESTADO

El Tratado de la Unión Europea, o de Maastricht, de 7 de febrero de 1992¹³, (TUE, en adelante) dedica a las ayudas otorgadas por los Estados los artículos 87 a 89 que constituyen la Sección 2ª del Capítulo 1 del Título VI, relativo a las normas sobre competencia. Se trata, por tanto, de un instrumento específico de defensa de la competencia; función que explica las características propias del sistema de control establecido por los indicados preceptos.

Las ayudas, que tienen un efecto perjudicial sobre la competencia y sobre el comercio de los Estados miembros son, en principio, incompatibles con el Mercado Común (art. 87.1). Se declaran compatibles con el Mercado Común ciertas categorías de ayudas (art. 87. 2 y 3) y se concede poder discrecional a la Unión para declarar la compatibilidad de algunas otras.

Se establecen los aspectos procedimentales del sistema (art. 88): todas las ayudas de Estado deben ser notificadas a la Comisión con antelación suficiente para permitirle examinar su compatibilidad con el Mercado Común; y se autoriza a la Comisión a examinar la compatibilidad con el Mercado Común de las ayudas existentes.

Por último, se habilita al Consejo de Ministros de la Unión Europea a adoptar los reglamentos apropiados para la aplicación de los artículos 87 y 88 (art. 89).

Los principios que dimanar del sistema pueden sistematizarse en los siguientes términos:

2.1. Principio de aplicación universal

Desde un punto de vista material, el control se refiere a cualquier ayuda pública de un Estado miembro que tenga por beneficiarios determinadas empresas o producciones, cualquiera que sea la actividad económica de que se trate. Otros tipos de ayudas, como las dotaciones entre Administraciones Públicas, calificadas por nuestro legislador como subvenciones, o las ayudas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminación basada en el

¹³ Ratificado por España mediante Instrumento de 29 de diciembre de 1992, una vez autorizado por la Ley Orgánica 10/1992, de 28 de diciembre.

origen de los productos escapan del sistema de control del TUE. Ahora bien, por otra parte, existen también disposiciones específicas de aplicación preferente conforme al principio de *lex specialis*, como son las previsiones para las ayudas públicas a la agricultura (art. 36 del TUE) o para el transporte (arts. 73, 76 y 78).

Desde una perspectiva espacial, los artículos 87 y 88 son aplicables en el territorio comunitario determinado según lo establecido en el artículo 299 del TUE.

2.2. La incompatibilidad del Mercado Común con las ayudas que distorsionan la libre competencia

Según el artículo 87 del TUE sólo las ayudas que distorsionan la competencia pueden ser declaradas incompatibles con el Mercado Común. Aquellas que no distorsionan la competencia son compatibles con dicho mercado, aunque quedan sometidas al control comunitario, y, deben, por tanto ser notificadas a la Comisión (art. 88 del TUE)¹⁴.

2.3. Existencia de norma de minimis

La norma se aplica para la valoración de los efectos que una ayuda concreta tiene en la competencia y los intercambios, esto es, la existencia de una norma que establece el límite por debajo del cual las ayudas de Estado dejan de estar sujetas al artículo 87 del TUE.

2.4. Interpretación flexible de las excepciones

En contraste con las interpretaciones restrictivas que se hacen a las excepciones a las normas sobre libre circulación de mercancías.

2.5. Reconocimiento de medios de defensa y garantía de protección a los intereses de los competidores

Las empresas que se consideren perjudicadas por las ayudas pueden dirigir su queja a la Comisión y pueden acudir a los Tribunales nacionales y comunitarios (art. 230 del TUE).

¹⁴ El Tribunal de Justicia ha anulado algunas decisiones de la Comisión que declaraban incompatibles con el Mercado Común ciertas medidas nacionales de fomento al no haber motivado de qué forma podían distorsionar la competencia (SSTJCE de 14 de noviembre, Asunto 323/82, S.A. Intermills c. Comisión; de 13 de marzo de 1985, Asuntos acumulados 296 y 318/82, Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabrik c. Comisión, entre otras.)

El TJCE ha considerado que las empresas competidoras de las beneficiarias de una ayuda aprobada por la Comisión tienen legitimación activa para cuestionar la validez de la decisión positiva adoptada.

Dichas empresas también pueden plantear recurso de responsabilidad extracontractual contra la Comisión y excepcionalmente contra el Consejo basado en el artículo 288 del TUE para obtener la reparación de los daños causados como consecuencia de la declaración de compatibilidad de una ayuda con el mercado adoptada equivocadamente.

Asimismo, cuando el Estado o cualquier autoridad pública a que se refiere el artículo 87 otorguen una ayuda de Estado ignorando la obligación de notificación exigida por el artículo 88 del TUE, cualquier competidor puede recurrir a los Tribunales nacionales para denunciar esta infracción. El TJCE ha señalado que se trata de una norma con efecto directo y los órganos jurisdiccionales nacionales tienen que salvaguardar el derecho de los justiciables frente a un eventual desconocimiento de la norma por parte de las autoridades nacionales. De este modo, tales órganos tienen que extraer todas las consecuencias que sean pertinentes en el Derecho interno, tanto en lo que se refiere a la validez de los actos que ejecutan las medidas de ayuda, como a la recuperación de las ayudas concedidas con infracción de la citada norma o de eventuales medidas provisionales. Incluso no cabe descartar, de acuerdo con la doctrina contenida en la STJCE de 5 de marzo de 1996 (*Asunto Brasserie du pecheur*, asuntos acumulados C-46 y C-48/93), que los competidores afectados por el incumplimiento del Estado puedan reclamar a éste una reparación económica por el daño patrimonial causado.

2.6. Consecuencia del incumplimiento de las normas procedimentales previstas en el artículo 88 TUE

Conforme al referido precepto y al Reglamento 659/1999 del Consejo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del TUE, cuando un Estado incumple sus obligaciones, bien por haber ignorado la obligación de notificación, bien porque la ayuda ha sido puesta en práctica antes de que la Comisión adoptara una decisión final sobre la compatibilidad con el Mercado Común o bien porque la ha otorgado contrariamente a lo dispuesto en la decisión de la Comisión, el derecho de ésta a decidir la supresión de la ayuda conlleva la facultad de exigir el reembolso de las ayudas ilegalmente otorgadas. Cuando la Comisión así lo dispone, la empresa o empresas beneficiarias deben devolver lo recibido, junto con sus intereses a la autoridad otorgante.

2.7. El estándar de diligencia exigible al empresario

De acuerdo con la doctrina del TJCE, es exigible el referido estándar al igual que en el ámbito de las normas sobre prácticas colusorias o sobre abuso de posición dominante. Es decir, un empresario diligente debe comprobar que el procedimiento de supervisión de las ayudas de Estado establecido en el artículo 88 del TUE ha sido seguido regularmente por el Estado. Dicho en otros términos: el empresario cuenta con la carga u obligación de comprobar que la ayuda de la cual va a ser destinatario o beneficiario ha sido le concedida correctamente.

3. CONCEPTO DE AYUDAS DE ESTADO

El TJCE, al igual que la Comisión, y nuestro Tribunal Supremo no definen de forma abstracta la ayuda de Estado, sino que, por el contrario, aplican los artículos 87 a 89 de manera casuística, desarrollando el concepto de dichas ayudas de forma paulatina, en función de los asuntos concretos que resuelve.

En síntesis, de acuerdo con reiterada jurisprudencia y la propia práctica administrativa de la Comisión, los criterios individualizadores de las ayudas de Estado son cuatro: que se trate de ayuda, que sea pública, que se otorgue selectivamente y que perturbe la competencia del mercado comunitario¹⁵.

En tal sentido, la STS de 9 de diciembre de 2004 (Rec. cas. 7893/1999; Ponente FERNÁNDEZ MONTALVO), haciéndose eco de la doctrina del TJCE, integra la noción de las ayudas de Estado con las siguientes notas: existencia en la medida de que se trata de una ventaja o beneficio para empresas; atribución de tales medidas al Estado; especialidad o especificidad de las medidas en cuanto destinadas a favorecer a determinadas empresas o producciones; y falseamiento de la competencia o repercusión en los intercambios comunitarios.

Pasemos a analizar de forma detallada cada uno de tales aspectos:

3.1. Existencia de ayuda, entendida como beneficio económico

a) Irrelevancia de la forma que adopte la ayuda

En la noción se incluye cualquier clase de ventaja, con independencia de la forma adoptada: subvenciones, exoneraciones de impuestos y

¹⁵ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Colex, Madrid, 2001.

tasas, exoneraciones de tasas parafiscales, bonificaciones de intereses, garantías de préstamos en condiciones favorables, cesión de inmuebles o terrenos de forma gratuita o en condiciones particularmente favorables, cobertura de pérdidas de explotación o cualquier otra medida equivalente (Respuesta de la Comisión de 30 de julio de 1963 a la pregunta escrita núm. 48/1963 del Sr. Burgabacher). Análogo tratamiento reciben las exoneraciones de cargas sociales o tomas de participación pública, siempre que éstas tengan lugar en circunstancias o bajo condiciones en las que un operador privado no procedería a ellas (*Quatorzieme Rapport sur la politique de la concurrence*, 1984).

La referida STS de 9 de diciembre de 2004 (Rec. cas. 7893/1999; Ponente FERNÁNDEZ MONTALVO) pone de manifiesto que el concepto de ayuda es más amplio que el de subvención, dado que comprende «no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que recaen sobre el presupuesto de las empresas y que, por ello sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos (SSTCE de 23 de febrero de 1961, *De Gezamelinijke Steenkolenmijnen in Limbnug/Alta Autoridad*, de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España* y de 1 de diciembre de 1998, *Ecotrade*)».

b) Inexistencia de un *numerus clausus*

La Comisión ha puesto de relieve el carácter meramente enunciativo no exhaustivo de la expresada relación. Esta concepción extensiva permite incluir como parte del concepto de ayudas supuestos aparentemente ajenos, como la financiación de campañas publicitarias, tarifas preferenciales de combustibles, fijación de precios reducidos de electricidad o transporte, etc.

c) Irrelevancia de la finalidad perseguida por la ayuda

Sobre este particular se ha pronunciado el TJCE: «ni el carácter fiscal, ni la finalidad social de la medida litigiosa bastan para ponerlas a cubierto de la norma del artículo 87» (STJCE de 2 de julio de 1974, *Italia/Comisión*, 173/73).

d) Sistematización en tres categorías.

Siguiendo a CALVO y CARRASCOSA¹⁶ podemos sistematizar las ayudas de Estado en las tres categorías siguientes:

¹⁶ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob. cit.*

Asignaciones financieras que incluyen variadas fórmulas de participación pública en el capital de las empresas en las que un particular, en circunstancias normales y basándose en posibilidades previsibles de rentabilidad, no hubiera procedido a realizar la aportación.

Cuotas de ahorro para las empresas beneficiarias que incluyen exención de impuestos, desgravaciones fiscales, concesión de créditos sin interés o con interés preferente, establecimiento de tasas parafiscales en provecho de una determinada industria o la renuncia a remuneración del capital.

Dentro de las ayudas fiscales se incluyen moratorias, fraccionamiento y aplazamientos de pagos que por su plazo o duración o, en general, por otorgarse bajo condiciones inusuales pueden reconducirse al concepto de ayuda de Estado.

El Tribunal Supremo, (STSS de 13 de octubre de 1998 —rec. cas. 7484/1990—; Ponente MATEO DÍAZ y de 9 de diciembre de 2004 —rec. cas. 7893/1999—; Ponente FERNÁNDEZ MONTALVO) ha considerado dentro de dichas ayudas los incentivos fiscales a la inversión establecidos en normas forales del Territorio Histórico de Guipúzcoa¹⁷ y a determinadas normas forales de las Juntas Generales de Guipúzcoa, Vizcaya y Álava reguladoras del Impuesto de Sociedades. En esta última se señala que precisamente en la STJCE de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España, se considera que «una medida mediante la cual las autoridades públicas concedan a determinadas empresas una exención tributaria que, aunque no implique transferencia de fondos estatales, coloque a los beneficiarios en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes, constituye una ayuda de Estado en el sentido del apartado 1 del artículo 92 del Tratado [actual art. 87]. En esta misma línea la STJCE de 19 de mayo de 1999 (*Italia/Comisión*) según la cual cualquier ventaja económico-financiera, es susceptible, en principio, de subsumirse bajo el régimen de dicho artículo del Tratado. De esta manera, la ventaja puede traducirse en

¹⁷ En la sentencia se razonaba que «procede ante todo desechar la argumentación de la sentencia de instancia de que, lógicamente, los incentivos que figuran en la norma impugnada no menoscaban la libre competencia dentro del círculo de empresarios que operan en el territorio de Guipúzcoa, no quiere decir absolutamente nada en el presente debate, en el que el reproche se hace en relación con el resto del Estado».

un beneficio fiscal y puede decirse que una Norma que tenga como resultado la disminución de la carga fiscal soportada por las empresas comprendidas dentro de su ámbito de aplicación subjetivo constituye una <<ayuda>> en el sentido del artículo 92 del Tratado (actual art. 87).

Garantías una forma frecuente de ayuda estatal a las empresas consiste en el otorgamiento de una garantía por parte del Estado para favorecer la concesión de préstamo en condiciones más favorables que las del mercado. Pero se incluyen también diferentes clases de operaciones de garantía realizadas por organismos públicos respecto a empresas privadas, como las de amortización de créditos, de pago de dividendos, cambiarias etc.

3.2. Carácter público de la ayuda. Ente otorgante y financiación de la ayuda

a) El término Estado comprende tanto los órganos e instituciones centrales, como los entes y órganos territoriales

De otra forma, el ámbito de aplicación del artículo 87 del TUE se haría depender de la organización territorial concreta de cada Estado miembro. Por lo tanto cualquier medida adoptada por las autoridades públicas regionales, como los *Länders* en Alemania, los *Departaments* en Francia, las *Regioni* en Italia o, en el caso de España, las Comunidades Autónomas, así como las provincias o los municipios, de conformidad con el artículo 137 de nuestra Constitución, es susceptible de ser considerada una ayuda de Estado.

La reiterada STS de 9 de diciembre de 2004 (rec. con. adm. 7893/1999; Ponente FERNÁNDEZ MONTALVO, asunto Normas Forales Vascas, Impuesto de Sociedades) señala a este respecto: «La consideración de que la medida es atribuible al Estado alcanza a los supuestos en que el reconocimiento de la ventaja fiscal se produce por entidades territoriales. En este sentido se pronuncia la STJCE de 14 de octubre de 1987 (República Federal de Alemania/Comisión), en la que se trataba de un sistema de ayudas establecido por el Land de Renania del Norte-Westfalia en el ámbito de un programa de mejora de la estructura económica regional, señalando que el hecho de que este programa de ayudas se haya adoptado por un Estado federado o central no impide la aplicación del apartado 1 del artículo 92 del Tratado [actual art. 87], si se cumplen los requisitos de este artículo. En efecto, dicha disposición, al mencionar las ayudas concedidas por Estados mediante fondos estatales bajo

cualquier forma, se refiere a todas las ayudas financiadas por medio de recursos públicos. De ello se deduce que las ayudas concedidas por las entidades regionales y locales de los Estados miembros, cualquiera que sea su estatuto y denominación deben ser también examinadas, en el sentido del artículo 92 del Tratado [actual art. 87]. Con este mismo criterio se pronuncia la STJCE de 8 de marzo de 1999 (Exécutif Wallon y SA Glaverbel/Comisión). Por consiguiente, la circunstancia de que las medidas concretas de ayuda sean adoptadas o concedidas por entidades territoriales no excluye la atribución al Estado de las mismas a los efectos de la aplicación de las normas comunitarias sobre <<ayudas de Estado>>»¹⁸.

En el mismo sentido la STS de 7 de febrero de 2006 (Rec. cont. adm. 2250/1997; Ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ, asunto primas o ayudas de Galicia a la construcción y transformación naval): «a tenor de la letra d) del mismo artículo 1 de la Séptima Directiva, <<las ayudas de Estado de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 92 [actualmente artículo 87 CE, tras su modificación] y 93 [actualmente artículo 88 CE] del Tratado, incluidas no sólo las ayudas concedidas por el propio Estado, sino también las concedidas por las autoridades regionales o locales y cualesquiera otros elementos de ayuda incluidos en las medidas de financiación adoptadas por los Estados miembros con respecto a las empresas de construcción y de reparación navales que controlen directa o indirectamente y que no se consideren como capital riesgo aportado a una sociedad según

¹⁸ Ante los Tribunales españoles, TS y Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJV, en adelante) se han planteado numerosos litigios sobre las llamadas «vacaciones fiscales vascas». En tres procedimientos judiciales sobre cuestiones muy similares el TSJV, antes de resolver, planteó una cuestión prejudicial al TJCE. En sus conclusiones el Abogado General Antonio Saggio consideró, por una parte, que la legislación foral vasca era contraria a la libertad de establecimiento y, por otras señaló que «no puede ponerse en duda que las medidas adoptadas por las Juntas Forales en virtud de las competencias conferidas por la Ley núm. 12/1982, de 13 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico, constituyen una ayuda concedida en forma de beneficios fiscales y son imputables al Estado (...)».

El hecho de que las medidas examinadas sean adoptadas por colectividades territoriales dotadas de competencia exclusiva con arreglo al Derecho nacional parece, como ha señalado la Comisión, una circunstancia meramente formal que no es suficiente para justificar el trato preferencial dado a las empresas comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las Normas Forales».

Al haberse concluido el litigio principal mediante un acuerdo entre la Administración General del Estado y las Diputaciones Forales implicadas, se retiró la cuestión prejudicial sin que el TJCE se hubiera podido pronunciar, con toda probabilidad en el mismo sentido que le proponía el Abogado General Saggio.

El TS había estimado en varias sentencias de 1998 el recurso contra tres sentencias del TSJV de 1991, en relación también con incentivos fiscales a la inversión. En estos litigios el TS revocó las sentencias y declaró la nulidad de las normas forales. Esto supone un giro en la jurisprudencia anterior que se funda en que «Son, por tanto, las más altas instancias comunitarias europeas las que han declarado discriminatorias las Normas en cuestión, debiendo afirmarse que el ordenamiento comunitario rechaza la creación de incentivos que fomenten, en perjuicio de otras, la implantación de empresas en un determinado territorio dentro de la Unión Europea, alterando el juego de la libre competencia entre ellas».

las prácticas normales en una economía de mercado, podrán considerarse compatibles con el mercado común siempre y cuando se ajusten a los criterios de excepción contenidos en la presente Directiva».

b) Instituciones u organismos públicos competentes para realizar funciones típicas del Estado o que actúen bajo el control de éste

Así, los beneficios otorgados a través de las empresas públicas pueden quedar comprendidos dentro del ámbito de los artículos 87 y 88 del TUE.

c) Noción de fondos estatales

El artículo 87 del TUE comprende, según la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (TPI, en adelante) de 12 de diciembre de 1996, (*Compagnie nationale Air France/Comisión*): «*todos los medios económicos que el sector público puede efectivamente utilizar para apoyar a las empresas, independientemente de que dichos medios pertenezcan o no de modo permanente a dicho sector*».

3.3. Carácter selectivo de la ayuda: criterio de especificidad. El beneficiario de la ayuda

El Principio de Especificidad implica que el otorgamiento de la ayuda debe favorecer a determinadas empresas¹⁹ o producciones.

La distinción entre medidas generales, que no entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 87 del TUE y las medidas específicas que pueden constituir ayudas de Estado cuando reúnen los demás elementos definidores del concepto se basa en fundamentos jurídicos y económicos.

Fundamento jurídico. La necesidad de que la medida beneficie sólo a algunas empresas o producciones, excluye del ámbito de aplicación de los artículos 87 y 88 del TUE los beneficios que favorecen a toda la economía en su conjunto.

¹⁹ Se ha planteado también si es aceptable que las empresas públicas con pérdidas reciban ayudas para cubrir las posibles pérdidas que pudieran originarles su intervención en la actividad económica. A este respecto G. ARINO ORTIZ, *La regulación económica*, Centro de Estudios sobre la Regulación Económica, Abaco, 1996, Buenos Aires y J. RODRÍGUEZ CURIEL, *Compatibilidad con el Mercado Común de las ayudas de Estado a las empresas públicas* (art. 92 del Tratado de la CEE), *Revista de Administraciones Públicas* núm. 122.

Fundamento económico. La Comisión Europea hace referencia a un fundamento económico para justificar la distinción entre medidas específicas y generales. Mientras los efectos de las medidas generales tienden a diluirse a través de todo el espectro de la actividad económica o a compensarse con otros factores macroeconómicos, las distorsiones específicas causadas por las ayudas de Estado tienen un efecto más directo sobre los competidores que realizan su actividad en el mercado único.

Así, como señala la STS de 9 de diciembre de 2004 (rec. cas. 7893/1999; Ponente FERNÁNDEZ MONTALVO): «*el criterio de la especificidad resulta, a veces, difícil de precisar. Permite distinguir las medidas generales, que pertenecen al ámbito de la armonización fiscal, de las medidas especiales que pueden entrar en el ámbito del artículo 92 del Tratado [actuales artículos 87 a 89].*

Desde luego, han de tratarse de medidas de carácter selectivo que sean concedidas como tratamiento singular respecto a una norma general, incluyendo según la doctrina del TJCE no sólo las ayudas a empresa determinada o sectores de producción específicos sino también las destinadas a empresas establecidas en una región determinada.

El hecho de que las empresas beneficiarias no sean empresas concretas identificadas de antemano, no excluye al sistema del ámbito de aplicación del artículo 92 del Tratado [actual art. 87], en la medida en que sean identificables por reunir determinados requisitos, como es el establecimiento o desarrollo de la actividad en un ámbito territorial concreto».

El parámetro de la selectividad. Determinar qué medidas son selectivas implica el establecimiento de un parámetro por debajo del cual la medida se considera específica y por encima del cual la medida se considera general y, por consiguiente excluida de la aplicación del artículo 87 del TUE. En la práctica, el establecimiento de dicho parámetro no es fácil. La selectividad es una cuestión de grado y, por lo tanto, el establecimiento de un criterio que distinga entre beneficios generales y específicos es una cuestión que no tiene una respuesta clara y directa.

La Comisión y el TJCE han interpretado de una forma amplia el requisito de la selectividad. Se entiende que una medida es general cuando beneficia a cualquier empresa, sector o región, de un Estado miembro. Por el contrario, un beneficio es suficientemente específico como para constituir una ayuda de Estado cuando se otorga no ya sólo a una empresa, sino también un conjunto de empresas, un sector de la economía, una

rama de la actividad industrial, todas las empresas ubicadas en un área geográfica o una categoría de empresas que comparten algunas características comunes.

Una medida que, en principio, beneficia a todas las empresas, sectores y regiones, deja de ser general cuando el Estado se reserva un poder discrecional para supeditar la aplicación de la medida a ciertas consideraciones, tales como la elección del beneficiario, el importe de la ayuda o las condiciones de la intervención; esto es, se trata de una discriminación *de facto* utilizada en ocasiones por la Comisión²⁰.

El parámetro de la selectividad se ha aplicado en los siguientes casos o ámbitos concretos:

3.3.1. Ayudas al empleo

La Comisión considera que los programas nacionales de ayudas al empleo que benefician a todas las empresas, independientemente de su localización o del sector de la actividad que realizan constituyen ayudas generales y, por tanto, quedan excluidos de la aplicación del artículo 87 del TUE siempre que concurren las siguientes condiciones:

- a) Que el programa esté diseñado de manera que pueda beneficiar potencialmente a cualquier empresa y a cualquier trabajador que reúna las condiciones de aplicación del programa.
- b) Que las condiciones de aplicación del programa establecidas por las autoridades nacionales sean precisas y estén bien definidas, al menos, en los aspectos sustanciales.
- c) Que el programa no conceda a la autoridades nacionales un margen de discrecionalidad que pueda hacerlo potencialmente selectivo.

²⁰ El criterio de la selectividad *de facto* fue utilizado por la comisión en la decisión Montedison/Enimont (Decisión 92/389/CEE, de 25 de julio de 1992). Italia había aprobado una Ley General sobre Medidas Fiscales aplicables a la reestructuración de empresas, que establecía determinadas reducciones fiscales. La Ley era aplicable a cualquier empresa que acometiese un proceso de reestructuración. Sin embargo, se había redactado de tal forma que, en la práctica, tan sólo se podía aplicar a una operación de reestructuración, concretamente la que llevaba a cabo la empresa Enimont.

Igualmente el criterio de selectividad *de facto* fue utilizado por la Comisión en el asunto sobre el textil italiano. La Ley italiana de 1 de diciembre de 1971 establecía una exención parcial de determinadas contribuciones sociales, durante un período de tres años que beneficiaba a las empresas industriales y artesanales del sector textil. La medida consistía en una reducción del tipo de gravamen aplicable del 15% al 10%. En su Decisión de 25 de julio de 1973, la Comisión consideró que la medida constituía una ayuda de Estado incompatible con el Mercado Común a favor del sector textil. Esta Decisión fue objeto de un recurso por parte de Italia que fue desestimado por el TJCE.

3.3.2. Ayudas a la inversión

Los programas de ayuda a la inversión que estén dirigidos a favorecer a una región o a una industria específica son considerados por la Comisión como ayudas de Estado.

3.3.3. Medidas fiscales

El régimen fiscal y el régimen de contribución a la Seguridad Social que se aplique de forma discriminatoria a favor de algunas empresas o producciones pueden considerarse ayudas de Estado. Si bien la Comisión ha considerado que algunas excepciones al sistema fiscal general pueden estar justificadas por la naturaleza o economía general del sistema.

Ahora bien, las medidas que no se aplican a todas las empresas, *de iure* o *de facto*, y que no se puedan justificar por la naturaleza o economía del sistema, constituyen ayudas de Estado sometida a los artículos 82 y siguientes del TUE.

3.3.4. Infraestructuras

La Comisión considera que las infraestructuras financiadas por el Estado no constituyen, por regla general, ayudas de Estado, ya que suelen favorecer a la economía en general.

3.3.5. Ayudas a la exportación

El TJCE considera que las ayudas otorgadas, incluso, a favor de todas las empresas exportadoras son suficientemente específicas para estar incluidas en el ámbito del artículo 87 del TUE.

3.4. Falseamiento de la competencia y consecuencias en el comercio intracomunitario

Como señala la STS de 9 de diciembre de 2004 (rec. cas. 7893/1999; Ponente FERNÁNDEZ MONTALVO): «La existencia de una ventaja no da lugar siempre a una distorsión de la competencia o del flujo comercial entre Estados miembros, y, cuando esto no se produce, no estamos ante «ayuda de Estado» a los efectos del artículo 92 del Tratado [actual art. 87]. Así pues, no cabe considerar que una ventaja distorsione la competencia cuando sea de aplicación la llamada «regla de mínimos», es decir aquella que establece el límite por debajo del cual las «ayudas de Estado» no están sometidas al régimen de los actuales artículos 87 y 88 del Tratado.»

La relevancia comunitaria europea de dichas ayudas viene determinada por la incidencia efectiva o la susceptibilidad de incidencia en los intercambios comerciales o en la circulación y establecimiento de personas y capitales. O, dicho en otros términos, que la ayuda sea suficiente o apropiada para causar el efecto que la norma trata de evitar».

a) Falseamiento de la competencia actual o potencial

La Comisión ha sostenido una interpretación amplia de la expresión distorsión de la competencia prevista en el artículo 87 del TUE. Según este concepto, las ayudas estatales distorsionan la competencia casi «*per se*». Sin embargo, el TJCE ha exigido a la Comisión que examine cuáles son los efectos probables en la competencia y exprese en sus decisiones el resultado de dicho examen junto a los motivos que han permitido llegar a una conclusión.

El falseamiento, no obstante, es apreciable tanto si se produce o puede producirse entre empresas de un mismo país o en el marco de las relaciones entre empresas nacionales y competidoras de otros Estados miembros.

Y para la aplicación del régimen de ayudas de Estado el falseamiento requerido puede ser efectivo o potencial, si bien debe tratarse de una posibilidad concreta sin que quepa omitir la relación de causalidad entre la ayuda y la amenaza o realidad del falseamiento.

El Tribunal Supremo (STS de 24 de marzo de 1997 -rec. con. adm. 723/1993; Ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ; asunto Asociación Nacional de Promotores constructores de edificios contra el Real Decreto 726/1993, de financiación de actuaciones protegibles para rehabilitar inmuebles-) rechaza «*la infracción del artículo 92 del Tratado de Roma porque las ayudas no falsean ni amenazan falsear la competencia, que es lo que prohíbe el indicado artículo, al no ser los promotores de construcción o rehabilitación de viviendas para uso propio operadores en el tráfico mercantil inmobiliario, que es donde va a producir sus efectos la incompatibilidad que se regula en dicho precepto comunitario*».

b) Efectos en el comercio entre los Estados miembros

Constituye un requisito esencial para la aplicación de la normativa comunitaria. Sin embargo, a la hora de acreditar su existencia se parte de una concepción amplia de tal exigencia. No se exige una afectación efectiva, ni tampoco un grado de afecta-

ción. En especial, en los casos en que se haya concedido una ayuda sin notificación previa, la Comisión no está obligada a demostrar la existencia de una incidencia real de dicha ayuda sobre los intercambios comerciales y la competencia. Pues, según reiterada jurisprudencia comunitaria, esta exigencia favorecería a los Estados miembros que conceden ayudas incumpliendo la obligación de notificación, en detrimento de los que sí las notifican en fase de proyecto (STJCE de 14 de febrero de 1990, Francia/Comisión, C-301/87; y STPI de 30 de abril de 1998, Vlaams Gewest, T-214/95).

c) Regla de *minimis*

Razones de seguridad jurídica y el deseo de simplificar los trámites de ayudas estatales, tanto para la Comisión como para los Estados miembros, sobre todo en el ámbito regional y local, llevaron a la Comisión a proponer una norma de *minimis* en 1991, pensada especialmente para las pequeñas y medianas empresas.

La norma de *minimis* fue aprobada mediante Comunicación de la Comisión de 20 de mayo de 1992 sobre las Directrices aplicables a las ayudas a pequeñas y medianas empresas. Posteriormente, fue actualizada y extendida hasta el Reglamento de la Comisión núm. 69/2001, de 12 de enero de 2001 sobre las ayudas de *minimis*. Conforme a sus previsiones, debe tenerse en cuenta:

3.4.1. Se presume que las ayudas que no excedan de un límite máximo de 100.000 € durante un período de tres años no son susceptibles de afectar al comercio entre Estados miembros, y, por consiguiente, no se incluyen en el ámbito de aplicación del artículo 87 del TUE.

3.4.2. Están excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento sobre las ayudas de *minimis* las ayudas a la exportación, en cuanto se consideran que afectan al comercio intracomunitario e, incluso, resultan aplicables normas de Convenios internacionales de los que es parte la Unión Europea, en especial el Acuerdo de la OMC sobre subvenciones y medidas compensatorias.

3.4.3. Para asegurar la transparencia, igualdad de trato y correcta aplicación de la regla de *minimis*, el Reglamento intenta que los Estados miembros utilicen el mismo método de cálculo. En este sentido se establecen varias reglas orientadas a que los importes de ayuda que no se correspondan con una subvención en efectivo se conviertan en su equivalente bruto de subvención.

3.4.4. Los Estados están obligados a establecer un mecanismo de control que garantice que el importe total de las ayudas concedidas a una misma empresa no supere el umbral máximo permitido en el plazo de tres años.

3.4.5. La Comisión se reserva el derecho a exigir a los Estados miembros, en cualquier momento, toda la información necesaria para verificar el cumplimiento del Reglamento.

3.4.6. La regla de *minimis* no es aplicable a la agricultura, pesca y los transportes.

3.4.7. Se establece un período de vigencia de cinco años y, en caso de que expire sin haber sido prorrogado, la continuación en vigor de sus reglas durante un período de seis meses.

4. RÉGIMEN DE LAS AYUDAS DE ESTADO

4.1. Criterios materiales

El régimen general de las ayudas de Estado puede sintetizarse en tres criterios:

a) Regla básica de prohibición

La regla básica se recoge en el artículo 87.1 del TUE que formula el principio general de prohibición general de las ayudas de Estado (*Principe d'Interdiction des Aides d'Etat*) en tanto afecten a los intercambios entre Estados miembros²¹.

b) Ayudas regladas compatibles con el Mercado Común.

La prohibición no opera cuando concurren determinadas circunstancias contempladas en el artículo 87.2: «Serán compatibles con el Mercado Común:

a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos; b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional; c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división». Procedamos a continuación a disecar este precepto en sus distintos apartados:

1. **Ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales**

Normalmente las ayudas concedidas a favor de los consumidores individuales no entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 87.1 del TUE, ya que los beneficiarios no son empresas o producciones. Sin embargo, puede darse el caso de que una ayuda concedida a favor de los consumidores beneficie indirectamente a determinadas empresas o producciones. En tal caso, para poder acogerse a la excepción del artículo 87.2 del TUE, el Tratado exige que las ayudas se concedan sin discriminaciones basadas en el origen de los productos. La Comisión ha entendido que el concepto de discriminación se refiere al origen o al suministrador del producto de que se trate, y no a medidas por las que se establezca una distinción entre dicho producto y los productos competidores.

2. Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional

El supuesto se refiere a sucesos extraordinarios. No quedan comprendidos los riesgos normales y aquellos que quedan cubiertos habitualmente mediante un contrato de seguro. Como ejemplo de este tipo de ayudas cabe citar las originadas por el hundimiento del buque *Prestige* a 250 kilómetros de las costas gallegas²².

Los problemas de las zonas afectadas por acontecimientos extraordinarios se caracterizan normalmente por su gravedad, urgencia y especificidad. Corresponde a los Estados miembros justificar las medidas proyectadas. La Comisión considera que la urgencia de las ayudas es difícil de justificar cuando ha pasado un amplio período

²¹ Art. 87.1 «Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el Mercado Común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

²² Real Decreto-Ley 7/2002, de 22 de noviembre, sobre medidas reparadoras en relación con el accidente del buque «Prestige»; Real Decreto-Ley 8/2002, de 13 de diciembre, por el que se amplían las medidas reparadoras en relación con el accidente del buque «Prestige» a las Comunidades Autónomas del Principado de Asturias, Cantabria y País Vasco, y se modifica el Real Decreto-Ley 7/2002, de 22 de noviembre. Real Decreto-Ley 4/2003, de 20 de junio, sobre actuaciones para el abono de indemnizaciones en relación con los daños ocasionados por el accidente del buque «Prestige». Real Decreto-Ley 4/2004, de 2 de julio, por el que se adoptan determinadas medidas relacionadas con los daños ocasionados por el accidente del buque «Prestige».

de tiempo entre el momento del suceso y la proposición de las medidas.

Se exige que las ayudas no excedan de lo necesario para compensar las pérdidas y daños causados por un suceso extraordinario, estando precisamente destinadas a repararlos²³.

3. Las ayudas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania.

Desde la entrada en vigor del Tratado esta excepción ha sido utilizada para exceptuar de la regla general un elevado número de ayudas concedidas a la ciudad de Berlín, de los territorios situados en la línea de demarcación entre Alemania del Oeste y del Este, del Sarre, y de los refugiados, los expulsados y víctimas de guerra.

Desde la unificación de Alemania, la justificación de esta excepción ha sido objeto de debate. En 1990, la Comisión expresó su intención de aplicar las normas generales sobre ayudas de Estado a las medidas a favor de los nuevos Estados Federados a la vez que reconoció la necesidad de un período de adaptación. Desde entonces ha ido reduciendo las posibilidades de aplicación de la cláusula.

No obstante, la Comisión todavía no ha excluido totalmente la posibilidad de recurrir a la cláusula prevista en el artículo 87.2 del TUE cuando se trata de ayudas que tengan su origen en la división de Alemania, aunque ha expresado que sólo serán aceptables en casos excepcionales, cuya justificación deberá ser puesta de manifiesto por las autoridades alemanas.

c) Ayudas que discrecionalmente pueden ser declaradas por la Comisión compatibles con el Mercado Común

El artículo 87.3 del TUE da cobertura a otro tipo de ayudas cuya compatibilidad puede ser declarada por la Comisión, siendo el criterio de ésta factor determinante. « *Podrán considerarse compatibles con el Mercado Común: a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo; b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la*

²³ En una Decisión relativa a ciertas ayudas a favor de algunas zonas de la región italiana del Mezzogiorno que se había visto afectada por catástrofes naturales, la Comisión consideró que las ayudas proyectadas no estaban específicamente concebidas para reparar los daños causados, por lo que su compatibilidad debía ser analizada desde la previsión del artículo 87.3.

economía de un Estado miembro; c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común; d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común; e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión».

Se trata de ayudas condicionadas en la medida en que al cumplimiento de determinados requisitos se anuda la concisión por parte de la Comisión y del Consejo de la calificación de las mismas como ayudas compatibles con el Mercado Común, incluso aunque afecten a los intercambios entre los Estados miembros o falseen o puedan falsear la competencia. Así, cabe distinguir:

Ayudas regionales: Se trata de una norma cuya finalidad es someter las ayudas regionales a criterios comunitarios uniformes. Esta política de coordinación está justificada, ya que como señaló el Primer Informe sobre la política de competencia, la elección de la sede de una empresa viene, con frecuencia, determinada por las ayudas concedidas a determinadas regiones.

Por lo que se refiere a las ayudas regionales, las diferencias entre el artículo 87.3.a) y 87.3.c) del TUE estriban en que mientras la norma contenida en el apartado a) es más amplia- al no establecerse límite- y tales ayudas pueden ser destinadas a regiones con un nivel de vida anormalmente bajo o una grave situación de desempleo, primándose el desarrollo económico, el punto c) sujeta los proyectos de desarrollo al límite de que en ningún caso deban modificarse las condiciones de intercambios en forma contraria al interés común.

El TJCE ha establecido el alcance de las excepciones contenidas en los apartados a) y c) del artículo 87.3 del TUE.

- a) El empleo de los términos «anormalmente» y «grave» de la letra a) evidencia que dicha derogación sólo resulta aplicable a las regiones donde la situación económica es extremadamente desfavorable con respecto al conjunto de la Unión²⁴.
- b) La derogación de la letra c) tiene un ámbito de aplicación mayor y faculta a la Comisión para autorizar ayudas destinadas a promover el desarrollo económico de las regiones de un Esta-

²⁴ Sobre este tipo de excepciones, destaca la reciente STJCE de 6 septiembre de 2006 sobre el régimen fiscal de las Azores.

do miembro que se hayan visto desfavorecidas con relación a la media nacional.

Ayudas a un proyecto de interés común europeo o frente a una grave perturbación de la economía: Se han incluido en este supuesto las ayudas otorgadas para la construcción de una autopista entre varios Estados miembros, la electrificación de vías férreas internacionales o la construcción de una presa que interesa a varios Estados.

Ayudas para el desarrollo de determinadas actividades: Se trata de las denominadas ayudas horizontales entre las que se incluyen:

- a) Ayudas horizontales a la investigación y desarrollo, siempre que reúnan determinados requisitos: el de transparencia y el de notificación.
- b) Ayudas horizontales al medio ambiente. El daño al medio ambiente debiera ser soportado por el que lo causa. Nada, en principio, más conforme con la libre competencia que la regla de que «quien contamina paga». Pero ello puede resultar insuficiente:
 - **Por razones jurídicas:** no todos los ordenamientos disponen de normas procedimentales ágiles para combatir daños medioambientales, delimitan en términos suficientemente amplios las personas legitimadas para interponer acciones ni establecen indemnizaciones suficientemente elevadas.
 - **Por razones económicas:** un daño medioambiental grave puede ser, en términos ecológicos, irreparable y, en términos económicos, requerir inversiones difícilmente soportables por las propias empresas.

c) Ayudas horizontales para saneamiento y salvamento de empresas. Son, en principio, incompatibles con el Mercado Común. La preocupación de la Comisión por la actitud observada por los Estados concediendo ayudas públicas a empresas que, sin ellas, habrían abandonado el mercado, le llevó a reconducir y limitar dicha actividad estatal tan sólo a empresas dotadas de viabilidad económica. A estos efectos estableció una serie de requisitos:

- Retorno a la viabilidad.
- Prevención del falseamiento indebido.
- Proporcionalidad de la ayuda.
- Principio de ayuda única.

- d) Ayudas horizontales a pequeñas y medianas empresas. Tradicionalmente la Comisión ha acogido de forma favorable los proyectos de ayuda que tienden a crear o desarrollar pequeñas y medianas empresas en nuevos sectores de actividad económica. El Reglamento de la Comisión de 12 de enero de 2001, que estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2006 se refiere precisamente a las reglas que rigen estas ayudas a pequeñas y medianas empresas.
- e) Ayudas sectoriales previstas en el artículo 87.3.c) del TUE pueden declararse compatibles con el Mercado Común siempre que no alteren las condiciones de intercambio en forma contraria al interés común.

Ayudas para la promoción de la cultura: Según el artículo 87.1.d) del TUE, pueden declararse compatibles con el Mercado Común ayudas para la promoción de la cultura y del patrimonio cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común. Ha sido utilizada esta excepción para favorecer a la industria editorial y, sobre todo, a la industria cinematográfica europea.

Otras ayudas: El artículo 87.3.e) del TUE se refiere, con carácter general, a las categorías distintas de las anteriores que establezca el Consejo por decisión adoptada por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión.

4.2. Criterios procedimentales

Corresponde a la Comisión la facultad de determinar la compatibilidad de todas las ayudas con los principios del Mercado Común. Esta potestad se ejerce a través de un sistema de investigación y control de ayudas otorgadas o previstas por los Estados miembros en los términos establecidos en el artículo 88 del TUE.

a) Procedimiento tipo ante la Comisión

Se compone de las siguientes fases:

1. La Comisión examina permanentemente, junto con los Estados miembros los regímenes de ayudas existentes en dichos Estados.
2. En caso de duda sobre la compatibilidad comunitaria de ayuda pública, según el artículo 87 del TUE, la Comisión emplaza a los interesados para que presenten sus observaciones.

3. Si la Comisión comprueba que una ayuda pública no es compatible con el Mercado Común en virtud del artículo 87 del TUE o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva ordenará que el Estado la suprima o modifique en el plazo determinado por la Comisión.
4. Si el Estado interesado no cumple esta decisión en el plazo fijado, la Comisión o cualquier Estado interesado puede recurrir directamente ante el TJCE.

b) Procedimiento excepcional ante el Consejo

1. A petición de un Estado miembro, el Consejo podrá decidir, por unanimidad y no obstante lo dispuesto en el artículo 87 TUE o en los Reglamentos previstos en el artículo 89 TUE que la ayuda que ha concedido o va a conceder dicho Estado sea considerada compatible con el Mercado Común cuando circunstancias excepcionales justifiquen dicha decisión.
2. Es, precisamente, la concurrencia de esas circunstancias extraordinarias la que explica que, a través de este procedimiento, se autoricen algunas ayudas de Estado que de otro modo no podrían otorgarse.
3. Si la Comisión ha iniciado ya el procedimiento ordinario, la petición del Estado interesado dirigida al Consejo provoca la suspensión de dicho procedimiento hasta que este último se haya pronunciado sobre la cuestión. Sin embargo, si el Consejo no se hubiere pronunciado dentro de los tres meses siguientes a la petición, la Comisión decidirá al respecto.

5. LA POSICIÓN DEL JUEZ NACIONAL EN EL SISTEMA DE CONTROL DE LA ADECUACIÓN DE LAS AYUDAS ESTATALES AL MERCADO COMÚN

5.1. La carencia de efectos directos del artículo 87 del TUE

La jurisprudencia del TJCE²⁵ ha declarado reiteradamente que dicho precepto carece de efectos directos, en el sentido de que los par-

²⁵ SSTJCE de 11 de junio de 1996, Syndicat français de l'express international y otros/La Poste y otros, C-39/94; de 14 de febrero de 1990, Francia/Comisión, <<Boussac>>, C-301/87; y de 21 de noviembre de 1991, Fédération Nationale du commerce extérieur de produits alimentaires y Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, C-354/90, sobre las cuales se hará mención más adelante en este trabajo.

ticulares no pueden invocarle ante los tribunales nacionales de los Estados miembros para que declaren la incompatibilidad de una ayuda con el Mercado Común. Para tal declaración tendrán que acudir al procedimiento ante la Comisión previsto en el artículo 88 del TUE.

La tesis se fundamenta en tres tipos de razones:

- a) El tenor literal del artículo 87 del TUE, en el que la prohibición no es ni absoluta ni incondicionada, puesto que, en particular, el apartado 3 otorga a la Comisión una amplia facultad de apreciación para admitir ayudas como excepción a la prohibición general del apartado 1.
- b) La falta de idoneidad de los Tribunales nacionales para valorar este tipo de supuesto: la evaluación de si una ayuda de Estado es compatible o no compatible con el Mercado Común exige análisis complejos de situaciones económicas evolutivas.
- c) La competencia exclusiva de la Comisión.

5.2. Consecuencias jurídicas

El que las empresas que compiten en el mercado no puedan recurrir ante un tribunal nacional para que, directa o indirectamente, declare que una ayuda pública es ilegal por vulneración del artículo 87 del TUE no quiere decir que éste carezca de consecuencias jurídicas. A este respecto, podemos señalar los siguientes criterios:

- a) Se puede solicitar a un tribunal de un Estado miembro que interprete la noción de ayuda de Estado del artículo 87 del TUE y que resuelva que una medida estatal que no ha sido notificada está incluida en dicha noción. En caso de duda puede plantearse, como ya ha quedado expuesto en el presente trabajo, cuestión prejudicial ante el TJCE. En este supuesto la jurisdicción nacional puede apreciar la necesidad de ordenar medidas provisionales a fin de salvaguardar los intereses de las partes hasta que recaiga resolución definitiva.
- b) Los tribunales nacionales no pueden resolver el fondo del asunto y declarar una ayuda compatible o incompatible con el Mercado Común, pero sí pueden comprobar si ha sido autorizada por la Comisión y, en caso negativo, ordenar que suspenda su ejecución. Conforme a las SSTJCE de 11 de junio de 1996 (Syndicat français de l'express international y otros/La Poste y otros, C-39/94; de 14 de febrero de 1990, Francia/Comisión, <<Boussac>>, C-301/87; y de 21 de noviembre de 1991, Fédéra-

tion Nationale du commerce extérieur de produits alimentaires y Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, C-354/90): «La validez de los actos que conllevan la ejecución de medidas de ayuda está afectada por el incumplimiento, por parte de las autoridades nacionales de la última fase del artículo 88.3 del Tratado. Los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar a los justiciables puedan alegar este incumplimiento que los Tribunales extraerán de este hecho todas las consecuencias, conforme al Derecho nacional, tanto en lo que atañe a la validez de los actos que conlleven la ejecución de las medidas de ayuda, como a la devolución de las ayudas económicas concedidas contraviniendo esta disposición o eventuales medidas provisionales».

c) Si existe una decisión de la Comisión declarando la incompatibilidad de la Ayuda, el Tribunal podrá acordar la restitución de las ayudas ilegalmente percibidas. «Las disposiciones del apartado 1 del artículo 87 están destinadas a surtir efecto en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros de manera que puedan ser invocados ante los órganos jurisdiccionales nacionales, si se concretan en los actos de alcance general previstos por el artículo 89 o en Decisiones, en los casos particulares contemplados en el apartado 2 del artículo 88» (STJCE de 19 de junio de 1973, Capolongo/Maya).

d) Los expresados criterios son los de la jurisprudencia recogida en:

1. La STS de 28 de octubre de 1999 (rec. 6764/1993; Ponente MARTÍ GARCÍA; asunto Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Xunta de Galicia sobre producción de carne de vacuno) considera que la falta de notificación previa de ayudas nuevas determina la nulidad de una orden autonómica.
2. La STS de 11 de junio de 2001 (rec. con. adm. 117/2000; Ponente CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA; asunto «Tarifas eléctricas. Costes de transición a la competencia): «En el sistema de control de las ayudas de Estado previsto en dichos artículos corresponde exclusivamente a la Comisión decidir cuáles de aquéllas, «otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones», han de considerarse incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, pese a la prohibición general que dispone el apartado 1 del artículo 87.

Como es bien sabido, la prohibición de las ayudas de Estado no es absoluta ni incondicional: el apartado 2 del artículo 87 declara compatibles por sí mismas con el mercado común determinadas modalidades (ayudas de carácter social destinadas a consumidores individuales, ayudas para reparar perjuicios catastróficos o excepcionales, etc.) y el apartado 3 del artículo otorga a la Comisión una amplia facultad de apreciación para admitir qué otras ayudas de Estado son compatibles con el mercado común, como excepción y no obstante la prohibición general del apartado 1.

El artículo 88 del Tratado instauró un procedimiento especial de examen y control de las ayudas de Estado, a cargo de la Comisión, que distingue entre los «regímenes de ayudas existentes» (apartado 1) y las nuevas ayudas que los Estados miembros tengan la intención de conceder, en relación con las cuales el apartado 3 de aquel artículo dispone que «la Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado común con arreglo al artículo 87, iniciará sin demora el procedimiento» de examen contradictorio previsto en el apartado 2 y «el Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva». Prohibición ésta que subsiste hasta que la Comisión decida sobre la compatibilidad con el mercado común del proyecto de ayuda notificado objeto del examen contradictorio.

A tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia de 11 de diciembre de 1973, Lorenz, 120/73), si la Comisión no ha actuado una vez transcurrido el plazo de dos meses a partir de la notificación, el Estado miembro interesado puede ejecutar el proyecto de ayuda después de haber advertido a la Comisión. Según aquella misma jurisprudencia (sentencia de 11 de julio de 1996, SFEI, C-39/94) la intervención de los órganos jurisdiccionales nacionales debe proteger el efecto directo reconocido a la prohibición de ejecutar los proyectos de ayuda a los que se refiere la última frase del apartado 3 del artículo 88: el Tribunal de Justicia ha precisado que el carácter inmediatamente aplicable de la prohibición de ejecución prevista en este artículo alcanza a toda ayuda que haya sido ejecutada sin haber sido notificada y que, en el caso de las ayudas notificadas, se produce durante la fase preliminar y, si la Comisión incoa el procedimiento contradictorio, hasta la decisión definitiva en el plazo debido.

El mismo Tribunal recuerda en la sentencia SFEI antes citada que, en la función de controlar el cumplimiento por parte de los Estados miembros de las obligaciones que les imponen los artículos 87 y 88 del Tratado, los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión desempeñan funciones complementarias y distintas, de modo que aquéllos no pueden pronunciarse sobre la compatibilidad de las medidas de ayuda con el mercado común, apreciación que es de exclusiva competencia de la Comisión, sujeta al control del Tribunal de Justicia.

Si pueden los jueces nacionales, por el contrario, verse obligados a determinar si una concreta medida de carácter estatal (cualquiera que sea su rango), instaurada sin tener en cuenta el procedimiento de examen preliminar del artículo 88.3, debió sujetarse a él, a cuyos efectos tendrán que pronunciarse sobre si constituye o no una «ayuda de Estado» en los términos del artículo 87.1 del Tratado. Pronunciamiento éste que en no pocos casos requerirá, a su vez, el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, pudiendo también los jueces nacionales solicitar determinadas aclaraciones, en su caso, a la Comisión (así se recoge en la Comunicación de ésta de 23 de noviembre de 1995 relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales en el ámbito de las ayudas de Estado, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 312, p.8[...]). Si tuviéramos que pronunciarnos favorablemente sobre el carácter de «ayuda otorgada por el Estado» de la compensación por los CTC, lo podríamos hacer tan sólo a los efectos de verificar la observancia, por parte del Reino de España, del trámite exigido por el apartado 3 del artículo 88 del Tratado CE para, en caso contrario, deducir las consecuencias correspondientes: una eventual falta de información o notificación a la Comisión, conforme al referido artículo 88.3 del Tratado, nos obligaría a declarar que el Estado español no podía entregar a las empresas eléctricas la compensación por los CTC correspondiente al año 2000 (que es el objeto del litigio) y que la Disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997, en la versión aplicable *ratione temporis* a este recurso, esto es en la redacción dada por la Ley 50/1998 y desarrollada por el Real Decreto 2066/1999, sería inaplicable. Según ya hemos expuesto, no nos correspondría decidir, admitida la hipótesis de que la compensación TC fuese realmente una ayuda de Estado, si podía considerarse compatible con el mercado común y, en ese mismo sentido, finalmente legítima desde el punto de vista comunitario. Esta última decisión es competencia exclusiva de la Comisión».

3. La STS de 9 de diciembre de 2004 (rec. con. adm. 7893/1999; Ponente FERNÁNDEZ MONTALVO; asunto Normas Forales Vascas, Impuesto de Sociedades): «En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que, a la luz de la constante doctrina del TJCE, las facultades de los órganos jurisdiccionales nacionales, en caso de ayudas no notificadas, han de orientarse a la constatación de tal circunstancia, para en caso de respuesta afirmativa, anular las correspondientes Normas, por haber sido adoptadas sin cumplir la obligación de notificación a la Comisión Europea establecida en el artículo 93 (actual artículo 88). O, dicho en otros términos, no cabe que el Juez nacional se pronuncie sobre la compatibilidad de las medidas de ayuda con el Derecho europeo, en los casos en que esta valoración está reservada por el Tratado a la Comisión, y sólo puede decidir, a efectos de aplicar el apartado 3 del artículo 93 (actual art. 87) si las medidas adoptadas son susceptibles de ser comprendidas dentro del concepto «Ayudas de Estado».
4. En la STS de 7 de febrero de 2006 (Rec. con. adm. 2250/1997; Ponente GONZÁLEZ GONZÁLEZ; asunto primas o ayudas gallegas a la construcción y transformación naval), la Sala recuerda que, en su Auto de 22 de diciembre de 2003 al tener dudas sobre si la norma autonómica impugnada (el Decreto de la Xunta de Galicia 217/1994) era compatible con las disposiciones comunitarias en materia de ayudas de Estado y, más precisamente, con la Directiva 90/684/CEE, entendió necesario plantear la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

«El Tribunal de Justicia ha dictado sentencia el 21 de julio de 2005 en la que declara que «Un régimen de ayudas a la construcción y transformación naval como el establecido por el Decreto nº 217/1994, de 23 de junio, que no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/684/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1990, sobre ayudas a la construcción naval, debe notificarse previamente a la Comisión de las Comunidades Europeas, con arreglo al artículo 93, apartado 3, del Tratado (actualmente, artículo 88 CE, apartado 3), cuando conste que dicho régimen puede por sí solo generar la concesión de ayudas de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado (actualmente, artículo 87 CE, apartado 1, tras su modificación). En caso de incumplimiento de aquella disposición, incumbe al órgano jurisdiccional nacional dedu-

...cir de ello todas las consecuencias, conforme a su Derecho nacional, tanto en lo que atañe a la validez de los actos que implican la ejecución de las medidas de ayuda, como a la devolución de las ayudas económicas concedidas contraviniendo esta disposición».

6. CONCLUSIÓN

Primero, las ayudas públicas a ciertas empresas o actividades económicas constituyen una manifestación del intervencionismo estatal en la economía, modelo que, según ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional debe conciliarse o matizarse con la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el artículo 38 de nuestra Constitución. Segundo, las tendencias económicas actuales se inclinan por la liberalización del mercado y la libre competencia y, en especial, la normativa europea prohíbe, salvo algunas excepciones, que los poderes públicos alteren la libre competencia, ya que el establecimiento de un mercado único interior puede verse en peligro por las políticas proteccionistas o de subvención de los Estados miembros. Tercero, la noción de las ayudas de Estado, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, se integra con las siguientes notas: existencia en la medida de que se trata de una ventaja o beneficio para empresas; atribución de tales medidas al Estado; especialidad o especificidad de las medidas en cuanto destinadas a favorecer a determinadas empresas o producciones; y falseamiento de la competencia o repercusión en los intercambios comunitarios. Cuarto, frente a la regla básica recogida en el artículo 87.1 del Tratado de la Unión Europea que formula el principio general de prohibición general de las ayudas de Estado, el propio artículo en su apartado 2 prevé la existencia de otra serie de ayudas regladas compatibles con el mercado común, así como otra serie que pueden serlo declaradas así por la Comisión Europea. Quinto, las empresas que compiten en el mercado no pueden recurrir ante un tribunal nacional para que, directa o indirectamente, declare que una ayuda pública es ilegal por vulneración del artículo 87 del Tratado de la Unión Europea; sin embargo, a pesar de la carencia de efectos directos del precepto referido, no quiere ello decir que no se produzcan ciertos efectos jurídicos y que puedan darse determinadas actuaciones por el juez nacional.

LA INSPECCIÓN DE HACIENDA. MÁS ALLÁ DE UNA DEFINICIÓN FUNCIONAL

POR

PEDRO A. FUSTER GONZÁLEZ

INSPECTOR DE HACIENDA DE LA COMUNIDAD DE MADRID
LICENCIADO EN DERECHO

Tradicionalmente la Inspección de Hacienda se ha venido considerando desde una doble perspectiva, funcional y orgánica. En un sentido **funcional**, se entiende que es una de las actividades de la gestión de los tributos (de la gestión tributaria en sentido amplio, se suele decir), en concreto, la función o actividad de comprobación e investigación de las situaciones tributarias de los sujetos pasivos. La segunda perspectiva sería la **orgánica** donde la Inspección de Hacienda no es más que el conjunto de órganos de la Administración de la Hacienda Pública que realizan tal actividad de comprobación e investigación. Claramente se ve que esta doble perspectiva en realidad es sólo una, ya que la segunda se refiere e incluye la primera. Para esta definición, que se podría denominar orgánico-funcional, la Inspección no sería más que el conjunto de órganos de la Administración Pública que realiza una función determinada, la de comprobar la situación tributaria de los contribuyentes o, a la inversa, la misma función realizada por un conjunto de órganos concretos.

Esta definición clásica de la Inspección Tributaria no es sólo doctrinal pues, según el art. 1.1 del vigente Reglamento General de la Inspección de los Tributos (RD 939/1986, de 25 de abril), «*constituye la Inspección de los Tributos los Órganos de la Administración de la Hacienda Pública que tienen encomendada la función de comprobar la situación tributaria de los distintos sujetos pasivos o demás obligados tributarios con el fin de verificar el exacto cumplimiento de sus obligaciones y deberes para con la Hacienda Pública, procediendo, en su caso, a la regularización correspondiente*». El proyecto del futuro, y de larguísimo título, «Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos» en su art 165.1, que abre el Título V dedicado a las «Actuaciones y procedimientos de Inspección», redundante en esta idea cuando nos dice que «*a efectos de lo dispuesto en este reglamento (y me imagino y espe-*

ro que a efectos también del resto del ordenamiento jurídico español) se entiende por órganos de inspección tributaria aquellos órganos administrativos que ejercen las funciones previstas en el artículo 141 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, así como aquellos otros que tengan atribuida dicha condición en las normas de organización específica.¹ Es decir, para la normativa citada la Inspección no es más que un conjunto de órganos que realizan una o varias funciones concretas; sin que se entienda mucho la última coletilla del 165.1 del futuro Reglamento que parece referirse a otros órganos de la Administración a los que parece que se les pueda atribuir la condición de Inspección sin que realicen las funciones propias de la Inspección.

Pues bien, esta concepción orgánico-funcional, que como hemos visto no es sólo doctrinal sino también legal, es errónea, confusa y, lo que es peor, no sirve para nada. Como veremos, el aspecto estrictamente funcional de la definición es inútil porque no nos permite distinguir la Inspección del resto de órganos de la Administración Tributaria, especialmente no aporta rasgo alguno para diferenciarla de los órganos de Gestión Tributaria; y una definición que no incluye elementos diferenciadores es una definición errónea.

Respecto del aspecto meramente orgánico de la definición, de lo simple que es, poco cabrá señalar en las siguientes líneas. La verdad es que nada aporta una definición que dice que la Inspección es el conjunto de órganos que integran la Inspección, o sea, que la Inspección es lo que dicen que es las normas que configuran la estructura orgánica de la Administración Tributaria. Con todo, y a pesar de su simpleza, me quedo con este segundo extremo de la definición tradicional. Por lo menos es exacto y claro, aunque sólo sirva para que el contribuyente sepa a dónde dirigirse cuando reciba una citación de la Inspección de Hacienda.

En la vigente Ley General Tributaria (LGT, Ley 58/2003, de 17 de diciembre) prima el aspecto funcional¹. El art. 141 LGT, con el que se abre la regulación dedicada específicamente a la Inspección (arts. 141 a 159), empieza indicando que «la inspección tributaria consiste en el ejercicio de las funciones administrativas dirigidas a», para luego enumerar hasta once funciones determinadas, es decir, este artículo intenta definir a la inspección tributaria como un conjunto de funciones. La enumeración de estas funciones es la siguiente:

¹ Los aspectos orgánicos, es decir, la definición y arquitectura de cuáles sean los concretos órganos de la Administración Tributaria a los que se les atribuye el ejercicio de las funciones inspectoras, se han dejado siempre para normas de carácter reglamentario como el Reglamento General de la Inspección de los Tributos (RGIT) y demás disposiciones reglamentarias concordantes, tanto a nivel estatal como autonómico y local.

«a) La **investigación** de los supuestos de hecho de las obligaciones tributarias para el descubrimiento de los que sean ignorados por la Administración.

b) La **comprobación** de la veracidad y exactitud de las declaraciones presentadas por los obligados tributarios.

c) La realización de actuaciones de **obtención de información** relacionadas con la aplicación de los tributos, de acuerdo con lo establecido en los artículos 93 y 94 de esta Ley.

d) La **comprobación del valor** de derechos, rentas, productos, bienes, patrimonios, empresas y demás elementos, cuando sea necesaria para la determinación de las obligaciones tributarias, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 134 y 135 de esta Ley.

e) La **comprobación del cumplimiento** de los requisitos exigidos para la obtención de **beneficios o incentivos fiscales y devoluciones tributarias**, así como para la aplicación de regímenes tributarios especiales.

f) La **información a los obligados tributarios** con motivo de las actuaciones inspectoras sobre sus derechos y obligaciones tributarias y la forma en que deben cumplir estas últimas.

g) La práctica de las **liquidaciones tributarias resultantes** de sus actuaciones de comprobación e investigación.

h) La realización de actuaciones de **comprobación limitada**, conforme a lo establecido en los artículos 136 a 140 de esta Ley.

i) El **asesoramiento e informe** a órganos de la Administración pública.

j) La realización de las **intervenciones tributarias** de carácter permanente o no permanente, que se regirán por lo dispuesto en su normativa específica y, en defecto de regulación expresa, por las normas de este capítulo con exclusión del artículo 149.

k) Las **demás que se establezcan** en otras disposiciones o se le encomienden por las autoridades competentes».

Vaya por delante, y al margen de la enumeración de funciones de este artículo, que el contenido propio, **la esencia definatoria de la inspección tributaria es (o debería ser si sirviese el simple concepto funcional) la función de comprobación e investigación²**, y esto sin importar que esta comprobación-investigación se califique como completa o como limitada. Esta, y no otra, es la función esen-

² Académicamente se comprueba lo declarado y se investiga lo no declarado, pero en la práctica la distinción no tiene ninguna utilidad práctica, aunque la recoja la LGT en su art. 145 al tratar el objeto del procedimiento inspector; el art. 115, por su lado, en sede de normas comunes para todos los procedimientos tributarios, equipara y no distingue ambos conceptos.

cial y principal que realmente hubiera podido bastar para definir a la Inspección Tributaria. El resto de funciones enumeradas en el art. 141 son auxiliares, instrumentales o un correlato necesario de la principal (como la obtención de información y la práctica de las liquidaciones tributarias resultantes de sus actuaciones de comprobación e investigación.), o bien son específicas concreciones de la genérica función de comprobación (como la comprobación de valores y la comprobación de los requisitos exigidos para la obtención y aplicación de beneficios, incentivos fiscales, devoluciones tributarias y regímenes tributarios especiales), o finalmente son funciones que podrían tener atribuidas cualesquiera otros órganos establecidos al efecto, pero que no aportan nada a una definición funcional de la inspección tributaria (como la de asesoramiento e informe a otros órganos de la Administración) y que son más bien funciones de carácter administrativo e interno que en nada afectan a los obligados tributarios.

Pero si decimos que lo propio y definitorio de la Inspección debería ser la función de investigación y comprobación, ¿qué diferencia habría entonces con los órganos de gestión que también tienen atribuida esta función? Es más la letra h) del 141 enumera como una más de las funciones de la Inspección «la realización de actuaciones de comprobación limitada, conforme a lo establecido en los artículos 136 a 140 de esta Ley», que no es sino uno de los procedimientos de gestión tributaria regulado justo antes del procedimiento inspector. El problema radica en que, desde un punto de vista funcional, no hay ninguna diferencia entre la gestión y la inspección tributaria y esto es así porque las funciones tributarias ya no son lo que eran. Con ellas ya no podemos definir los órganos que las tienen atribuidas, aunque se empeñe en ello a cada paso, por puro arrastre histórico, la LGT. De ahí la crítica que realizamos a su uso como elemento definitorio de la Inspección.

Para entender el problema hay que tener en cuenta que las funciones tributarias son esencialmente tres: la comprobación, la liquidación y la recaudación. Originariamente, el esquema de funcionamiento de la Administración Tributaria respondía al sistema de declaración-liquidación donde, como se sabe, el contribuyente presentaba una declaración en la cual reconocía haber incurrido en la realización de un hecho imponible y era la Administración, a través de los órganos de Gestión, la que calculaba, es decir, liquidaba posteriormente la deuda tributaria³. Luego, si se estimaba necesario, podi-

³ Queda un remedo de este antiguo sistema en la liquidación administrativa del Impuesto sobre Sucesiones. Efectivamente, en este Impuesto, el único del sistema tributa-

an iniciarse actuaciones de comprobación e investigación que, ahora sí, realizaban los órganos de Inspección. En este esquema, y dejando al margen los órganos estrictamente recaudatorios (quienes, por cierto, también gozan de determinadas funciones de comprobación para el cumplimiento de sus fines), las funciones tributarias estaban claramente delimitadas y atribuidas a unos órganos concretos: gestión liquidaba e inspección comprobaba⁴. Así, en aquella etapa del Derecho Tributario, con el antiguo sistema de declaración-liquidación, sí tenía sentido utilizar una definición funcional de la Inspección porque era exacta y respondía a la realidad jurídica y a la práctica administrativa. Esto, en la actualidad, ya no es así.

Es una realidad conocida que, en la evolución de la Administración Tributaria y con la presentación masiva de autoliquidaciones en todos los impuestos, los órganos de gestión tributaria han ido asumiendo cada vez mayores competencias de comprobación que rebasan la mera comprobación formal o verificación de datos ya que, con su actuación comprobatoria, ponen en duda la presunción de veracidad de las declaraciones tributarias. Es decir, los órganos de Gestión Tributaria están, desde hace tiempo, habilitados para la realización de comprobaciones en toda regla. Pensemos en la comprobación abreviada del art. 123 de la antigua LGT, que hoy, en la nueva ley, se denomina con mayor propiedad comprobación limitada (arts. 136 a 140) y se regula como uno de los nuevos procedimientos de los órganos de gestión tributaria, siendo en la realidad su procedimiento más importante y agresivo con el contribuyente.

En este punto conviene recordar los orígenes de la comprobación abreviada. Esta se introdujo en nuestro Derecho en 1.986 con el art. 34 RGIT, importando directamente la «inspección sumaria» de la Ordenanza Tributaria alemana de 1.977. Con este artículo 34 la Inspección podía realizar comprobaciones de carácter abreviado cuando estimaba justificado que bastaba con los datos y antecedentes que ya tenía en su poder y cuando simplemente se constataba, derivada de la contabi-

rio y aduanero en el que aún es posible, el régimen de autoliquidación es potestativo para el contribuyente que puede, si así lo desea y con una serie de condiciones, presentar una simple declaración de realización del hecho imponible sin autoliquidar la deuda. Es la Administración Tributaria de la Comunidad Autónoma correspondiente (no todas, ya que Andalucía, Castilla-León y Murcia ya no mantienen esta posibilidad; siendo en ellas obligatorio el sistema de autoliquidación) la que realiza posteriormente la liquidación.

⁴ Así como los órganos de gestión han ido ganando funciones tradicionales de la inspección, ésta también se ha visto afectada por la evolución del sistema tributario y por la confusión en el reparto de funciones. En efecto en la modificación de 1.985 de la LGT se reconoció legalmente en el art. 140 (antes lo había hecho el RD 412/82 y había sido declarado nulo por el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de abril de 1.984) la posibilidad de que la inspección dictase las liquidaciones derivadas de sus actuaciones de investigación y comprobación.

lidad del sujeto pasivo, la existencia de una deuda tributaria impagada. Es decir, básicamente cuando no se necesitaba una actuación instructora e inquisitiva de investigación por parte de la Inspección.

Con la modificación de la LGT de 1.995 (Ley 25/1995, de 20 de julio) no sólo se dio rango de ley a estas comprobaciones abreviadas sino que se extendió la posibilidad de su uso a los órganos de gestión en relación con todo el sistema tributario³, ya que el párrafo segundo del art. 123 se refería a la «Administración Tributaria» en general. Esta regulación de las comprobaciones abreviadas era muy escasa, escueta e imprecisa y daba lugar a muchas dudas y a una alta conflictividad entre los contribuyentes y la Administración.

Por lo tanto y vista esta evolución del Derecho Tributario procedimental donde se ha acabado extendiendo a los órganos de gestión la función propia de la Inspección (y por lo tanto confundiendo funcionalmente ambas), **¿en qué se diferencian en la actualidad la Inspección de la Gestión Tributaria? ¿Cuál puede ser la definición de Inspección Tributaria que nos permita distinguirla, ya que la funcional es inútil para ello, del resto de órganos de la Administración Tributaria?** La respuesta está, y estaba antes de la nueva LGT, en las facultades atribuidas por ley (actual art. 142 LGT) a la Inspección, a los órganos de la Inspección tributaria; facultades que se instrumentan en un procedimiento administrativo específico, establecido también por ley y que no es otro que el procedimiento inspector regulado en la sección segunda del Cap. IV (del Tit III de la LGT), arts. 145 a 159.

Para el cumplimiento de su función esencial y original de comprobación, la Inspección tiene atribuidas una serie de facultades extraordinarias, de las que carecen los órganos de Gestión cuando realicen comprobaciones a través del único procedimiento para ello habilitado, el de comprobación limitada de los arts. 136 a 140 LGT⁴. Estas facultades de la Inspección se recogen principalmente en el art.

³ Ya antes de la Ley 25/95 se habían introducido referencias legales, aunque no de carácter general, limitadas al ámbito material de determinados impuestos. El art. 99 de la Ley 18/1991 reguladora del IRPF, habilitaba a los órganos de gestión tributaria para, «sin perjuicio de la posterior comprobación e investigación que pueda realizar la Inspección de los Tributos», girar liquidaciones provisionales «cuando de los antecedentes de que disponga la Administración se deduzca la existencia de rentas determinantes de la obligación de declarar o que no se hayan incluido en las declaraciones presentadas.», exceptuándose las liquidaciones provisionales que requiriesen la comprobación de documentación contable de actividades empresariales o profesionales. Incluso antes de esta Ley del IRPF, la Ley del IVA de 1.985 en su art. 70, en sede de Gestión del Impuesto (Tit. VII), permitía a la Administración Tributaria realizar liquidaciones provisionales de oficio, en caso de falta de presentación en plazo de las autoliquidaciones, sobre la base de «los datos, antecedentes, signos, índices, módulos o demás elementos de que disponga la Administración... y que sean relevantes al efecto.»

⁴ El procedimiento de verificación de datos (arts. 131 a 133 LGT), otro de los nuevos procedimientos de gestión, no puede reconducirse a la función tributaria de comprobación e investigación. Su objeto es corregir errores formales o aritméticos, solicitar justificación

142 LGT y son en resumen: a) el **examen de documentación contable** (expresamente prohibido en el desarrollo de una comprobación limitada por el art. 136.2 c) LGT); b) la **entrada en locales** de negocios (expresamente prohibido también por el art. 136.4 LGT, salvo para unos casos tasados); c) la consideración de los funcionarios de la Inspección de **agentes de la autoridad**; y d) la posibilidad de exigir la **comparecencia personal** del propio sujeto pasivo y no a través de representante. El problema del arrastre histórico que criticamos lleva a que éste esencial artículo esté ubicado en la sección primera del capítulo IV (del Tit. III), es decir, entre los artículos dedicados a las disposiciones generales y no en la sección segunda dedicado exclusivamente a la regulación del procedimiento inspector.

Además, el art. 146 (éste ya sí en su ubicación correcta) establece la posibilidad de que en el procedimiento inspector se adopten **medidas cautelares preventivas** para impedir que desaparezcan, se destruyan o alteren pruebas. Posibilidad esta tampoco prevista en el seno del procedimiento de comprobación limitada.

Por su lado, el art. 93.3 LGT, en sede de colaboración y de obligaciones de información de terceros, añade otra facultad al permitir que «en el ejercicio de las funciones de inspección o recaudación» puedan realizarse **requerimientos individualizados de movimientos bancarios**.

En este contexto es paradigmática la redacción de este art. 93.3 que se refiere a la posibilidad de realizar los requerimientos bancarios «en el ejercicio de las funciones de inspección» ¿Quiere decir la ley que la posibilidad de realizar requerimientos bancarios la tiene la Inspección para todas las que el art. 141 llama funciones de la Inspección? ¿También para, por ejemplo, la comprobación limitada si este procedimiento lo sustancian los órganos de inspección? Creo que esto no debería ser así. Esta facultad de la Inspección, junto con todas las demás, facultades extraordinarias para un funcionario que no sea un policía o un juez, sólo tienen sentido y justificación si se sustancian y emplean dentro del muy garantista procedimiento inspector⁵, cuya

de datos de las autoliquidaciones (salvo lo que se refiera a actividades económicas) o aclarar discrepancias con los datos obrantes en la Administración, es decir, una actividad de gestión de los tributos que, en principio, no va a poner en duda la presunción de exactitud de lo declarado por el contribuyente, como sucede en el procedimiento de comprobación limitada o en el de inspección. En síntesis, una simple comprobación formal, cuyo ejercicio, de todos modos, por las oficinas gestoras puede producir «tensiones» con el auténtico procedimiento de comprobación, la comprobación limitada, al poder invadir con facilidad su campo de actuación.

⁵ El procedimiento inspector es tan garantista que incluso obliga a realizar un trámite de audiencia y puesta de manifiesto con anterioridad, no a la resolución que pone fin al procedimiento, sino a un simple acto de trámite como es el acta, en la cual únicamente se incorpora una propuesta de liquidación. Incluso se va a duplicar este trámite en las actas de disconformidad ya que se concede un nuevo plazo de alegaciones con posterioridad a su firma.

finalidad esencial, ya lo sabemos, es la comprobación e investigación. En el ejercicio de las otras «funciones» del 141 la posibilidad de emplear estas facultades es, como mínimo, dudosa. Desde luego no cabe en la comprobación limitada⁸, y en otras, como la de informe y asesoramiento, su uso podría dar lugar a auténticas situaciones de fraude procedimental. Pensemos, por ejemplo, en un informe solicitado por una oficina gestora a la Inspección para que sea ésta la que, a la vista de la documentación contable cuyo examen le está vetado a la primera, decida sobre la procedencia de la aplicación de un beneficio fiscal cuya comprobación exige el análisis de esa contabilidad. Y es que los «poderes» de la Inspección deberían usarse únicamente al sustanciar un procedimiento inspector de los arts. 145 a 159 LGT. Su uso y ejercicio al margen del procedimiento inspector, aunque sea en el ejercicio de otras de las funciones del art. 141, supone, en mi opinión, una extralimitación de la actuación administrativa, un auténtico supuesto de desviación de poder, de abuso del mismo.

Estas facultades exorbitantes de los arts. 142, 146 y 93.3 LGT distinguen, al margen de cualquier otra consideración, a la Inspección de la Gestión Tributaria. Por lo tanto, cualquier definición que queramos ofrecer de la Inspección de Hacienda debería contener una referencia a estas facultades ya que son las que realmente la definen. Así, se podría afirmar que **la Inspección Tributaria es un conjunto de facultades exorbitantes, articuladas alrededor del procedimiento inspector, tendentes a la comprobación e investigación de la situación tributaria de los obligados tributarios**. Esta definición tiene la doble ventaja de no prescindir de la finalidad funcional, esencial y originaria de la Inspección, la comprobación, y además incidir en su característica principal, las excepcionales facultades que la configuran.

Así, tanto los órganos de Inspección como los de Gestión pueden realizar auténticas comprobaciones tributarias donde se prescinda de la presunción de veracidad de las declaraciones tributarias, pero la Inspección en sus comprobaciones va a contar con una serie de facultades muy agresivas para con el contribuyente, de las que carecen los órganos de gestión y que van a permitir unas actuaciones de regularización más completas, profundas y documentadas. Y es que las comprobaciones de gestión van a estar siempre limitadas a las restricciones procedimentales del art. 136 LGT, ya que «*en este procedimiento, la Administración Tributaria podrá realizar ÚNICAMENTE*» las actua-

⁸ Esta idea de reservar las citadas facultades para el curso de un procedimiento de comprobación inspector vendría confirmada por la propia redacción del art. 93.3 donde, al regular el subprocedimiento de petición de datos bancarios, se refiere a «*las operaciones objeto de investigación*» o a «*la investigación realizada*».

ciones (léase facultades) señaladas en el apartado segundo del artículo. Restricciones éstas que en el procedimiento inspector no existen. En resumen, la única distinción en la actualidad entre la gestión y la inspección se encuentra en el nivel procedimental, en concreto, en las facultades procedimentales que se les otorgan.

El qué, en este contexto, la letra h) del art. 141 LGT incluya entre las funciones de la Inspección la realización de actuaciones de comprobación limitada no tiene en sí ninguna trascendencia, salvo si se quiere aportar confusión al conjunto. No es sólo que no parece probable que la inspección se limite a sí misma «ab initio» sus facultades de comprobación⁹ optando por realizar una comprobación limitada cuando puede elegir otro procedimiento tributario de comprobación más complejo y agresivo (y, en compensación, más garantista para con el contribuyente), sino que la inclusión de la comprobación abreviada entre las funciones de la inspección tributaria coloca en un mismo nivel la comprobación en general del art. 115 (especificada para la Inspección en las letras a) y b) del art. 141) y la comprobación limitada, cuando esta última no es sino una concreción de la primera. Esta equiparación funcional del género (la comprobación en general) y la especie (la comprobación limitada) sólo se puede calificar de confusa y errónea.

Estas reflexiones alrededor del concepto de la Inspección de Hacienda no se limitan a los aspectos teóricos. Las consecuencias prácticas de esta concepción de la Inspección como un haz de facultades extraordinarias, más que como un conjunto de funciones, son importantes. Una de ellas ya la hemos visto: restringir el ejercicio de las facultades inspectoras citadas al seno del procedimiento inspector.

Las consecuencias prácticas de poner el acento en las facultades afectan también a la eficiencia del propio funcionamiento interno de la Administración Tributaria. La clarificación conceptual de lo que realmente sea la Inspección va a permitir coordinar mejor las actuaciones de ésta con las de los órganos de Gestión. Y es que esta coordinación de los órganos integrantes de la Administración Tributaria es ahora, con la nueva LGT, una necesidad esencial de carácter legal. Efectivamente, el art. 140.1 LGT (el último dedicado al procedimiento de comprobación limitada) establece meridianamente el efecto preclusivo, en relación con el objeto comprobado, de las liquidaciones provisionales dictadas como consecuencia de un procedimiento de comprobación limitada. Este efecto preclusivo de las liquidaciones provisionales (la doctrina las denomina provisionalmente definitivas)

⁹ Y no sólo las facultades, sino también el plazo de resolución que es de doce meses en el procedimiento inspector (art. 150 LGT) y el general de seis meses del art. 104 LGT en el de comprobación limitada.

LA PROTECCIÓN DEL TRÁFICO JURÍDICO INMOBILIARIO EN FUNCIÓN DEL MOMENTO CONCLUYENTE PARA LA PRIORIDAD REGISTRAL: ESTUDIO DEL MODELO ESPAÑOL

POR
GABRIEL DE REINA TARTIÈRE
DOCTOR EN DERECHO

SUMARIO: 1. LA INSEGURIDAD EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA. 2. SEGURIDAD PREESCRITURARIA Y RESERVA DE PRIORIDAD. 2.1. Modalidades básicas de reserva de prioridad. 2.1.1. La reserva de prioridad autónoma. 2.1.2. El certificado con reserva de prioridad. 2.1.3. La anotación del negocio en gestación: a) la Vormerkung alemana. b) La trascrizione del contratto preliminare italiana. c) La notice y el caveat australianos. 2.2. La difícil implantación de un mecanismo de reserva de prioridad en el Derecho español; 2.2.1. Propuestas legislativas: a) La «clausura del Registro» en el Proyecto de reforma hipotecaria de 1908. b) La reserva en los trámites previos a la reforma de 1944. 2.2.2. Propuestas doctrinales. 2.2.3. Los fundamentos positivos para su rechazo. La inscripción del precontrato como alternativa de lege ferenda. 2.2.4. Régimen básico para la registración del precontrato. 3. SEGURIDAD POSTESCRITURARIA Y RETROPRIORIDAD. 4. SOLUCIONES GLOBALES DE LEGE LATA. 4.1. La información continuada previa solicitud. 4.2. La coordinación entre Notarios y Registradores. 4.2.1. La certificación anterior a la escrituración y la información continuada preceptiva. 4.2.2. El preaviso notarial. 4.2.3. El empleo de las nuevas tecnologías. 4.3. Los medios negociales. 4.3.1. La cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por cargas o gravámenes preferentes. 4.3.2. El vencimiento anticipado por la falta de inscripción de la hipoteca. 4.3.3. La resolución de la compraventa por cargas o gravámenes desconocidos. 4.3.4. La condición suspensiva de no existir cargas preferentes.

1. LA INSEGURIDAD EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA

Siempre se ha considerado un serio riesgo para el adquirente o acreedor hipotecario el lapso de tiempo que transcurre desde el momento en que se informa de la situación registral de la finca hasta aquel en que inscribe definitivamente su título. Si el asiento de presentación es el criterio adoptado para la asignación de la prioridad, puede pasar que, justo antes de tener acceso registral un determinado derecho, lo hagan otros no tenidos en cuenta a la hora de su formalización. Supongamos que una persona presta una cantidad de dinero a otra, garantizando ésta la devolución mediante hipoteca sobre una finca de su propiedad. Si la finca se vende después y el nuevo propie-

tario inscribe su título antes que el acreedor hipotecario, éste no podrá inscribir el suyo por encontrar cerrado el Registro. Del mismo modo, si, mientras se negocia ese préstamo hipotecario, se anota un embargo sobre la finca, nuestro acreedor perderá la posición de mejor rango que esperaba. Estos son tan sólo dos ejemplos de lo que puede llegar a suceder. Se comprende, entonces, la importancia del tema.

Para corregir esta clase de desviaciones se postulan dos instrumentos de variado perfil. El primero recibe el nombre de retroprioridad y trata de dar al futuro titular unos días de tranquilidad tras la formalización del respectivo negocio. En su virtud, las escrituras presentadas en un determinado plazo, contado desde su otorgamiento, se habrán de estimar registradas en la fecha de éste. Sólo cuando se deje transcurrir ese plazo, la prioridad vendrá a determinarse por la fecha de la presentación. La retroprioridad podría calificarse así de protección registral *in itinere* o postescrituraria. Por su parte, la llamada reserva de prioridad pretende adelantar los efectos de la registración a una fase anterior a la del propio otorgamiento, a la de los trámites de negociación previa entre las partes.

Pues bien, a diferencia de la inmensa mayoría de los ordenamientos donde impera la publicidad registral, el español no alberga ninguna de ambas figuras. Pero esto no significa que el sistema no sea confiable. Por el contrario, como se argumentará en las siguientes páginas, su salud, si bien mejorable, parece suficientemente robusta, pues, lejos de desconocer la raíz del problema, recoge y permite varios mecanismos —unos legales, otros convencionales— que en conjunto articulan una solución más que adecuada.

2. SEGURIDAD PREESCRITURARIA Y RESERVA DE PRIORIDAD

2.1. Modalidades básicas de reserva de prioridad

La reserva de prioridad allí donde se admite, puede adoptar distintas formas. Básicamente se conocen tres. La reserva de prioridad autónoma o a mera solicitud del titular registral, la certificación con reserva de prioridad y la preanotación. Desde ahora debe destacarse que en su funcionamiento no manifiestan grandes contrastes. Incluso, muchas veces se hace difícil distinguir ante cuál nos hallamos. Esta circunstancia se debe a que la problemática de la reserva de prioridad es única. Así, cuestiones como quién está legitimado para solicitarla, su plazo y cómputo, las condiciones para un eventual desistimiento, sus efectos frente a títulos de fecha anterior todavía no

inscritos, la posibilidad de que sea utilizado para actos no voluntarios o las operaciones a practicar por el Registrador, una vez haya ingresado el negocio anunciado, habrán de encontrar respuesta en la concreta regulación de recepción de que se trate.

No obstante, sí cabría atender, no ya en relación con alguna de esas modalidades, sino con su normativa de referencia, al hecho de que la reserva provoque el bloqueo del Registro, paralizando su actividad durante un breve espacio de tiempo, o, por el contrario, autorice la inscripción de otros derechos, siquiera condicionada a que el acto para cuya formalización fue concedida, se presente en plazo. Con todo, lo que debe quedar claro es que la reserva, en cualquiera de sus tipos conocidos, produce siempre un anuncio en el Registro respecto al negocio o motivo para el cual se adoptó. Sin este aviso frente a terceros, la reserva resultaría totalmente disfuncional.

2.1.1. La reserva de prioridad autónoma

En Austria, el propietario de una finca puede solicitar la anotación preventiva para una inmediata transmisión o gravamen, precisando, en este último caso, el montante máximo del que ha de responder la finca. No es necesario que señale al futuro adquirente o acreedor. Igual facultad tiene el acreedor hipotecario que pretenda ceder o cancelar su crédito. Es la llamada *Rangsortnungsanmerkung* (anotación de rango) regulada en los §§ 53 a 57 de la Ley registral (*Grundbuchgesetz*) de 1955.

Para aprovechar la reserva, el titular inscrito dispone de un año, aun cuando no sea el mismo que la solicitó¹. Si transcurre ese plazo sin que se haya inscrito el negocio, la anotación deviene ineficaz, cancelándose de oficio. El adquirente deberá adjuntar a su título la copia de la resolución de concesión de la reserva, estando legitimado para pedir, durante los catorce días siguientes a la inscripción, la cancelación de los derechos inscritos con posterioridad a la anotación².

Por sus trascendentales consecuencias, la reserva aparece convenientemente limitada. Así ya que con ella se trata de amparar al adquirente o acreedor hipotecario de los actos que pudiera realizar el titular en contra de sus intereses, deja de ser eficaz frente a actos cuya inscripción no dependa de la voluntad del titular. En este sentido, el § 56.3 GBG dispone que la reserva de prioridad sólo se impondrá a una

¹ El § 56.2 GBG expresa que la inscripción en el rango reservado no encuentra obstáculo alguno en la transmisión a un tercero del inmueble o crédito hipotecario.

² Lo que no dice la Ley austriaca es qué sucede cuando el adquirente no solicita la cancelación de esos derechos; de su dicción lo más apropiado pasaría por entender que renuncia implícitamente al beneficio reportado por la reserva.

eventual declaración de quiebra, y, por extensión, a una demanda judicial o anotación de embargo, cuando la transmisión o gravamen se haya celebrado, instrumentado con anterioridad.

La *Rangsortnungsanmerkung*, también se permite, bajo la denominación de *annotazione dell'ordine di grado*, en el régimen italiano del *Libri Fondiari*, el cual pervive en aquellas provincias que en su día formaron parte del imperio austrohúngaro³. Esta legislación introduce algunos cambios. Así, el plazo de ejercicio de cincuenta días, a contar desde la solicitud, la falta de expresión de un plazo para poder solicitar la cancelación de los derechos inscritos *medio tempore*, o la imprevisión del supuesto concursal⁴.

2.1.2. El certificado con reserva de prioridad

Es éste el recurso que prevé la legislación argentina. Se consagra por fuera del Código, en la Ley registral 17.801, de 1968, advirtiendo como obligación ineludible del Escribano que vaya a autorizar una transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, solicitar al Registro competente el certificado de turno (art. 23). Se facilita así que, aun antes de que se concluya la operación, esto es, de que el título se concluya, se escribure, pueda anticiparse su conocimiento por terceros en función de la anotación que de haberse despachado la solicitud habrá de rubricar el Registrador en el folio del inmueble (cfr. art. 25 Ley 17.801). Pese a su nombre, por tanto, el certificado no constituye un simple medio de publicidad formal, al estilo de los informes que el Registro emite a requerimiento de cualquier interesado, sino que se incardina indefectiblemente en el proceso de adquisición o gravamen como un presupuesto de protección del adquirente. Su importancia es tal que ningún particular podrá activar el expediente por sí mismo, sin la preceptiva intermediación de un Notario o funcionario que haga sus veces, y sin que subyazca un negocio jurídico-real que lo justifique.

2.1.3. La anotación del negocio en gestación

Con el término de preanotación se define el asiento registral previsto para anticipar en su registración una operación todavía no con-

³ Su regulación se encuentra contenida en el Real Decreto 499, de 28 de marzo de 1929, y en la nueva Ley General sobre los *Libri Fondiari* que éste incorpora, en el cual destacan el carácter constitutivo de la inscripción y los principios de legalidad, legitimación, tracto sucesivo, fe pública y prioridad.

⁴ Para una comparación entre las regulaciones austríaca e italiana, vid. SAMPRIETO, «Il ripristino dell'annotazione dell'ordine di grado nel sistema tavolare», en *Rivista di Diritto Civile* n° 5 (1975), II, pp. 592 y ss.

cluida o que por diferentes motivos no puede llegar a inscribirse definitivamente⁵. En su virtud no se deja constancia, como sucede con la solicitud o la certificación de reserva de prioridad, de los rasgos más básicos de un negocio meramente proyectado, que ni siquiera es seguro que vaya a tener lugar, sino más bien del negocio mismo o, en su defecto, de otro, independiente, pero que causalmente lo prepara. La inscripción del contrato definitivo retrotraerá sus efectos a la fecha de la preanotación, de tal manera que proceda la cancelación de los actos y negocios inscritos en el intervalo. Así como se la considera, la preanotación es el tipo de reserva de prioridad por antonomasia, pues se adopta en la mayor parte de los países. Se mencionarán, a continuación, algunos ejemplos destacados.

a) La *Vormerkung* alemana

En virtud del § 883 BGB, la preanotación (*Vormerkung*) viene a tutelar la expectativa de derechos surgida de un contrato para cuya perfección falta algún trámite⁶. Las peculiaridades del sistema alemán de transmisión inmobiliaria, no sólo por la imposición de la inscripción como constitutiva, sino también por la abstracción del negocio traslativo con respecto al causal subyacente, obligan a tener muy presente este concepto⁷. Así, por un lado, será expectativa el estado intermedio que va desde que las partes convienen la transmisión de la propiedad (acuerdo abstracto o *Einigung*) hasta

⁵ GARCÍA CONI y FRONTINI (cfr. *Derecho registral aplicado*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 160, nota 2) llaman la atención sobre la incorrección de llamar preanotación a lo que es una verdadera anotación. No obstante, el concepto sirve, al menos, para no confundir este tipo especial de asiento, destinado a cubrir la prioridad del negocio en gestación, con aquellos generalmente admitidos de duración temporal (anotaciones preventivas). Merece la pena recordar, siquiera simbólicamente, la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, donde se justificaba el término de anotación preventiva con las siguientes palabras: «la Comisión, dando a la nomenclatura una importancia que no debe parecer excesiva cuando se trata de materias tan técnicas, ha creído que a la denominación antigua de *hipoteca judicial*, debía sustituir la de *anotación preventiva*, para indicar aquellas prohibiciones de enajenar, cuyo objeto es que en su día la sentencia tenga ejecución cumplida. Por razones fáciles de comprender sin necesidad de exponerlas, ha hecho extensiva esta denominación a las inscripciones de los derechos reales, que aun no han llegado a su perfección, ni están consumados, o que son eventuales o transitorios, o que por falta de alguna circunstancia legal requieren subsanación antes de ser inscritos definitivamente en los registros. Este cambio de nomenclatura no es nuevo; el sistema germánico lo adopta con el nombre de *predotación* (sic)».

⁶ El precepto establece exactamente lo siguiente: «para la seguridad de la pretensión de constitución o extinción de un derecho sobre una finca o sobre un derecho que grava la finca, o de modificación del contenido o del rango de semejante derecho, puede ser practicada en el Registro una preanotación».

⁷ Por esta importante función, GARCÍA GARCÍA (cfr. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, I, Civitas, Madrid, 1988, pp. 384 y ss.) considera que la *Vormerkung* es un medio adecuado para atenuar la abstracción del sistema inmobiliario alemán, habilitando una acción de restitución para el comprador que se vea defraudado.

que se inscribe finalmente en el Registro⁸. Por otro, también habrá de tenerse por tal, la situación que se da entre la celebración del contrato causal (v. gr. compraventa) y aquel acuerdo traslativo. Como el *Einigung* otorga al adquirente la facultad de solicitar la inscripción y completar de este modo la transmisión, resulta que únicamente el segundo de los supuestos plantea la conveniencia de anticipar la protección del Registro. Con tal objetivo emerge, entonces, la preanotación, la cual, cuando se trata de la adquisición del dominio recibe el nombre de anotación de investidura o *Auflassungsvormerkung*⁹.

Para la práctica de la *Vormerkung* es necesario que así lo consienta el titular inscrito o, en su defecto, que sea autorizada por un Juez (cfr. § 885 BGB). También, que el negocio obligatorio conste en escritura pública¹⁰. El efecto principal de esta medida es la retroacción de los efectos del derecho, una vez inscrito, a la fecha en que se practicó su anotación. De este modo, el titular de la preanotación puede exigir a los titulares de los asientos posteriores, pero anteriores al acceso de su título definitivo, el consentimiento necesario para consolidar registradamente su derecho (cfr. § 888.1 BGB).

Con respecto a los derechos de garantía, la *Vormerkung* se ve desplazada por la hipoteca de propietario que en la práctica cumple igual función. En puridad, el propietario no puede constituir una hipoteca al no garantizar ningún crédito, sin embargo, no existe ningún límite

⁸ Cfr. VON THUR, *Derecho Civil*, I-1, RAVÁ (Trad.), Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 191-192.

⁹ La investidura o *Auflassung* es el acto, concretado hoy en día en el *Einigung*, por el que el propietario se despoja de su señorío en favor del adquirente. Para un estudio completo y actualizado sobre la función que en este sentido cumple la *Vormerkung*, consúltese: MARTÍNEZ VELENCOSO, «La protección de los adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: caracteres y efectos de la *Vormerkung*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 657 (2000), pp. 665 y ss. MEDICUS, por su parte, da una idea de la frecuencia y utilidad de las anotaciones preventivas de investidura: no sólo garantizan al comprador que la propiedad le será transferida, también evitan que el propietario se despoje de la propiedad antes de haber sido pagado (cfr. *Tratado de las relaciones obligacionales*, I, edición española de MARTÍNEZ SARRIÓN, Bosch, Barcelona, 1995, p. 432).

¹⁰ Tal y como prescribe para los negocios inmobiliarios el § 313 BGB. Para WOLFF (cfr. ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, III-1.º, PÉREZ GONZÁLEZ, y ALGUER (Trad.), Bosch, Barcelona, 1971, p. 296, nota 4) la «anotación preventiva de transmisión formal» (*Auflassungsvormerkung*) viene a amparar la pretensión del comprador de que el vendedor le transmita la propiedad, y esa pretensión no existe, si en el contrato de compraventa no ha intervenido un notario o una autoridad judicial. En el mismo sentido, HEDEMANN para el que el contrato de compraventa debe ser válido en sí mismo, y en especial, haber sido documentado (cfr. *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, II, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, pp. 103-104). El § 313 BGB permite obviar el requisito de titulación pública para el negocio obligacional, sólo si ya se han realizado la investidura y la inscripción, por lo que, en consecuencia, impide que un documento privado pueda provocar la práctica de una anotación de investidura (Cfr. VON THUR, ob. cit., p. 192, nota 25).

para que constituya desde el principio una deuda inmobiliaria, según permite el § 1196 BGB¹¹.

b) La *trascrizione del contratto preliminare italiana*

Con igual objetivo de proteger al futuro adquirente de los posibles actos traslativos o de gravamen que fraudulentamente pudiera convenir el propietario una vez se hubiera estipulado la transmisión de la propiedad¹², el Derecho italiano permite la transcripción del contrato preliminar o precontrato¹³. Se trata de una medida reciente, pues fue incorporada por el Decreto-Ley 669/1996, de 31 de diciembre.

Sus efectos son los siguientes: una vez inscrito el contrato definitivo, éste será oponible a cualquier otra transcripción o inscripción realizada entretanto contra el promitente (cfr. art. 2645 bis 2 *Codice*). Si el promitente incumple, podrá presentarse la sentencia que se pronunciara a favor del promisorio (cfr. art. 2932 *Codice*)¹⁴. La regla general cuenta con dos importantes excepciones. Por la primera se esta-

¹¹ En este punto, HEDEMANN recoge una Sentencia de 1936 cuyos pronunciamientos ayudan a comprender la trascendencia práctica de la deuda inmobiliaria: «si con vistas a un préstamo en perspectiva, y sobre la base del acuerdo entre el propietario y el futuro prestamista, se inscribe una hipoteca, surge inicialmente, con arreglo al § 1163, párr. 1 ap. 1, en relación con el § 1177, párr. 1, BGB, una deuda inmobiliaria de propietario sujeta a condición resolutoria de que se verifique la entrega del préstamo. Con el cumplimiento de la condición resolutoria, esto es, con el nacimiento del crédito emanado del préstamo, la deuda inmobiliaria de propietario se transforma, *ipso iure*, en una hipoteca a favor del acreedor inscrito» (ob. cit., p. 459).

¹² Cfr. HENRICH, «Il contratto preliminare nella prassi giuridica tedesca», en *Rivista di Diritto Civile* n.º 5 (2000), p. 703 y ss.

¹³ Sobre la registración del contrato preliminar, vid. CIAN, «Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare», en *Rivista di Diritto Civile* n.º 4 (1997), II, pp. 377 y ss.; GABRIELLI, «La pubblicità immobiliare del contratto preliminare», *Rivista di Diritto Civile* n.º 4 (1997), I, pp. 529 y ss.; TONDO, «Pubblicità immobiliare per atti impegnativi a futuro assetti dispositivi», en *Il Foro Italiano*, n.º 9 (1997), V, pp. 272 y ss.; MENGONI, «La pubblicità del contratto preliminare e dei contratti condizionati nei libri fondiari», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* n.º 3 (1998), pp. 993 y ss.; CHESSA, «Il termine di efficacia della trascrizione del preliminare», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* n.º 3 (1998), pp. 999 y ss.; CORRIAS, «La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. preliminare ad effetti anticipati», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* n.º 3 (1998), pp. 1005 y ss.

¹⁴ El *Codice* contiene dos referencias expresas al contrato preliminar. El artículo 1351 que establece la nulidad de este contrato cuando no se hubiera celebrado en la misma forma prescrita para el definitivo, y el 2932, cuyo texto dice lo siguiente: «Esecuzione specifica de la obbligazione di concludere un contratto. Si aquel que está obligado a concluir un contrato, no cumple, la otra parte, siempre que sea posible y no lo excluya el título, podrá obtener una sentencia que produzca los mismos efectos que el contrato inconcluso. Si se trata de contratos que tengan por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa determinada o la constitución o transmisión de otro derecho, la demanda no podrá ser admitida, si la parte que la ha presentado no ha cumplido con su prestación o no ha hecho su oferta de acuerdo con la Ley, a menos que la prestación todavía no sea exigible».

blece, con el mismo espíritu de otras figuras hipotecarias (v. gr. posición, anotación por créditos refaccionarios), que la hipoteca inscrita sobre un inmueble en proceso de construcción prevalezca sobre la transcripción anterior del contrato preliminar (cfr. art. 2865 bis *Codice*)¹⁵.

La segunda excepción opera en los procesos concursales. Contrariamente a lo que ocurre en el Derecho alemán, donde por el juego de la *Vormerkung* el administrador de la quiebra tendrá que hacer frente a la entrega del bien cuya transmisión fue pactada por el quebrado (106 de la *Insolvenzordnung* de 1994), en el sistema italiano el síndico no estará obligado a cumplir el precontrato transcrito, en cuyo caso el promisorio se considerará como acreedor especialmente privilegiado para el reintegro del numerario anticipado (cfr. art. 72 de la *Legge Fallimentare*)¹⁶.

La transcripción preventiva caduca si la definitiva no se realiza en el plazo de un año desde la fecha convenida por las partes para la conclusión del contrato, y, en todo caso, transcurridos tres años (cfr. art. 2645 bis 3 *Codice*). Entre los dos contratos ha de guardarse una estrecha identidad en cuanto al objeto, la relación jurídica æ una donación transcrita provisionalmente no puede

dar cobertura a una posterior compraventa y sujetos, salvo que se tratara de un contrato por persona a nombrar¹⁷. Por otra parte, los interesados no están

obligados a concluir el contrato proyectado, por lo que podrán cancelar la transcripción del preliminar prestando ambos su consentimiento. Si no se ponen de acuerdo, decidirán los Tribunales (cfr. art. 2668 *Codice*).

c) La *notice* y el *caveat* australianos

También el sistema Torrens incorpora instrumentos del tenor que viene describiéndose. Me refiero a los institutos de la *notice* y el *caveat*¹⁸.

¹⁵ Este límite fue introducido por la Ley n.º 30, de 28 de febrero de 1997, de conversión del Decreto-Ley de 1996.

¹⁶ CIAN (cfr. ob. cit., pp. 379 y ss.) hace, incluso, una discutible extensión de esa disposición en relación con la ejecución individual. En su opinión, el adquirente-expectante sólo podrá oponer su derecho al acreedor hipotecario posterior que no haya inscrito su título con anterioridad a la transcripción de definitivo o a la anotación de la demanda de cumplimiento específico. Con esta última interpretación viene a dejarse sin apenas contenido el contrato preliminar transcrito.

¹⁷ Cfr. GABRIELLI, ob. cit., p. 538.

¹⁸ En una fase posterior, se posibilita que toda persona que sufra un perjuicio por haber confiado en un *official search* (certificado oficial), en el que se hubiera omitido mencionar alguna carga ya inscrita, reclame contra el Registrador una indemnización, la cual correrá a cargo del fondo de seguros especialmente previsto para estos casos.

La *notice* está regulada por la legislación más reciente¹⁹. Así, en Tasmania se habla de *priority notice*²⁰ y en Queensland, de *settlement notice*²¹. En ambas regulaciones, se permite anticipar los efectos de la inscripción registral para una concreta transacción. Para ello están legitimados el titular inscrito, aquel que ha contratado con éste æo piensa hacerlo, los representantes de ambos y, en vía de apremio, ciertas autoridades. La solicitud tiene carácter formal y en ella habrá de determinarse el negocio jurídico en ciernes (compraventa, hipoteca etc.), el derecho inscrito objeto de la operación, y el nombre y dirección del futuro adquirente (*transferee*). La mención de esa dirección es imprescindible para la práctica de notificaciones en relación con futuras incidencias, como pudiera ser la impugnación judicial de la *notice* por un tercero.

La *notice* pierde su eficacia, sin que se pueda instar con base en el mismo título otra posterior, por caducidad, renuncia, inscripción del título en cuestión, o decisión judicial. Su plazo de vigencia es de sesenta días, salvo que se trate de una anotación derivada de un procedimiento contencioso, en cuyo caso la duración será fijada por el Tribunal. Además, se recoge la responsabilidad civil del que haya instado una *notice* sin justa causa.

El efecto ordinario de la *notice* es el cierre del Registro a cualquier acto o contrato que se presente con posterioridad y resulte ser incompatible con el título que se anuncia. Esos actos incompatibles no van a poder acceder al Registro ni siquiera preventivamente. Cuando, por ejemplo, transcurra el plazo previsto para la presentación del título, podrán registrarse, y tendrán el rango que les correspondería, si la *notice* no se hubiera practicado²². No obstante, esta regla general cuenta con algunas excepciones entre las que destaca el *caveat*, de tal manera que la *notice* no podrá evitar que se tome nota del interés contradictorio que aquél supone²³. Esta limitación hace que se cuestione seriamente la utilidad de un recurso incapaz de alcanzar el objetivo que pretende cumplir.

¹⁹ Antes, llamaba la atención MIRANDA sobre la inexistencia en el sistema Torrens de certificaciones con bloqueo registral (cfr. «El sistema Torrens y la transmisión y constitución de derechos reales inmobiliarios en Australia», en *Revista de Derecho Notarial* n.º 116 [1982], p. 181).

²⁰ Cfr. art. 52 de la *Land Titles Act* de 1980.

²¹ Cfr. arts. 138 y ss. de la *Land Title Act* de 1994.

²² Como prescribe el artículo 150 de la *Land Title Act* de 1994 de Queensland.

²³ Expresamente, el artículo 151 de la Ley de Queensland. Esta preferencia del *caveat* no se da en el caso de la *stay of registration*, de manera que el *caveat* presentado en el plazo de cuarenta y ocho horas tras la expedición de la certificación registral ha de verse postergado al título acogido a aquel beneficio (cfr. art. 149 de la Ley de Australia Occidental de 1893).

No sólo por esta última apreciación, sino por ser un instituto plenamente consolidado en todo el ordenamiento inmobiliario australiano²⁴, el *caveat* presenta un mayor interés, hasta el punto de que viene a actuar a modo de reserva de prioridad a favor de negocios jurídicos en formación, en aquellos Estados carentes de una normativa específica al respecto. Por ello, no debe llamar la atención el paralelismo que existe entre el *caveat* y la *notice*; vienen a ser muy similares sus reglas sobre legitimación, efectos, mecánica registral, cancelación, límites y responsabilidad.

Cualquier persona con un interés legítimo (*legal or equitable interest*) sobre la finca (*caveator*)²⁵ puede presentar un *caveat* por el cual se impida, hasta que no sea cancelado, la registración de los títulos que se presenten posteriormente²⁶. No obstante, el *caveator* puede consentir la registración de un título en concreto. El titular que ve restringido su poder de disposición, o cualquier otra persona que reclame algún derecho sobre la finca (*caveatee*), tiene, en su defensa, la acción de remoción del *caveat*²⁷.

En cuanto a la duración del *caveat*, no se recoge, como para la *notice*, un plazo de caducidad. Para evitar que se eternice una situación, de importantes efectos, pero que no deja de ser provisional, se establece para el *caveator* la obligación de ingresar en un plazo determinado título fehaciente que acredite haber interpuesto su demanda²⁸, y siempre que el *caveatee* no hubiera presentado antes su acción de remoción²⁹. Se antoja, así, imprescindible la actuación del Registrador ya que a través de su calificación podrá evitar que se registre un *caveat* insuficientemente fundado, y más considerando que en el sistema Torrens no se exige titulación pública para la inscripción.

²⁴ Cfr. arts. 74 de la *Real Property Act* de 1900 de Nueva Gales del Sur, 191 de la *Real Property Act* de 1893 de Australia del Sur, 121 a 131 de la *Land Title Act* de 1994 de Queensland, y 133 a 138 de la *Land Titles Act* de 1980 de Tasmania.

²⁵ Se incluye, por tanto, la posibilidad de que sea el propio titular el que presente el *caveat*; lo que le será muy útil para casos en los que hubiera sido engañado en alguna transacción o hubiera perdido su certificado de título; cfr. CASADO PALLARÉS, «El Registro de la Propiedad en Australia (Cien años del sistema Torrens)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 368-369 (1959), pp. 154-155.

²⁶ Cabe también que el *caveat* sea presentado de oficio por el Registrador, cuando lo considere necesario para proteger los intereses de un menor, incapaz, ausente o en casos de fraude, error o quiebra (cfr. arts. 17 de la Ley de Queensland y 12 de la Ley de Nueva Gales del Sur).

²⁷ Este procedimiento es, por regla general, judicial, aunque algunos Estados posibilitan una vía alternativa ante el Registrador. Sobre la desjudicialización del *caveat*, vid. CASADO PALLARÉS, *ob. cit.*, pp. 153-154.

²⁸ Tres meses en Queensland y Nueva Gales del Sur, por ejemplo.

²⁹ Si se solicita la remoción, el *caveator* tendrá que acreditar su derecho en un plazo mucho más breve, contado desde la notificación de aquélla (catorce días en Queensland o veintuno en Australia del Sur).

Como ya he dicho, aunque su naturaleza originaria sea puramente contradictoria, el *caveat* también puede servir en el Acta Torrens para proteger registralmente a contratos *in fieri*³⁰. Siguiendo un esquema parecido al alemán, la transmisión de un derecho real inmobiliario aquí se entiende perfeccionada cuando se cumplen necesariamente tres etapas: la celebración del contrato, el negocio de disposición y la inscripción registral. Ese negocio de disposición consiste en la entrega por el vendedor de dos documentos: el título de dominio y el *transfer* o título formal por el que se transmite la propiedad³¹. La anotación del *caveat* impedirá que el propietario de una finca pueda lesionar las expectativas generadas para un futuro adquirente, en tanto en cuanto no le sean entregados esos documentos³².

2.2. La difícil implantación de un mecanismo de reserva de prioridad en el Derecho español

Analizadas las modalidades de reserva de prioridad en el Derecho comparado, es el momento de profundizar en las razones por las que ninguna de ellas ha sido implantada en el español. Antes, parece adecuado acercarse a las distintas propuestas que se han sucedido en la materia, las cuales, aparte de resucitar, de cuando en cuando, el interés por la cuestión, han puesto de manifiesto sus verdaderas implicancias. El epígrafe terminará con una seria revisión de los postulados tradicionalmente admitidos, en cuya virtud se invita a considerar la preanotación como el tipo de reserva más acorde con las bases del sistema.

³⁰ «El *caveat* ha venido a ser considerado como una forma de registración provisional cuando el derecho no registrado del reclamante no está en discusión y ninguna de las partes está a la vista de litigar sobre ello. En ese aspecto, simplemente preserva la situación jurídica registral hasta que el solicitante está en condiciones de presentar el instrumento ejecutado por el propietario, que transformará su derecho provisional o de equidad en propiedad registrada. El efecto que cumple es el de notificar al que lo presentó, en la dirección expresada en la solicitud, la presentación de cualquier transacción sobre el inmueble, la cual no se inscribirá hasta el transcurso del plazo de vigencia o validez del *caveat*, que además, puede ser prorrogado por los Tribunales» (SEMINARIOS REGIONALES DE DERECHO HIPOTECARIO DE EXTREMADURA Y VALLADOLID-SALAMANCA, «Certificación registral con reserva de prioridad», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, I, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1975, pp. 33-34).

³¹ Cfr. MIRANDA, *ob. cit.*, pp. 148 y ss.

³² Según MIRANDA (cfr. *ob. cit.*, p. 180) al adquirente, hasta el momento de la inscripción de su título, le corresponde un derecho únicamente oponible frente a la otra parte, pero no frente a otro adquirente de buena fe y a título oneroso. El *caveat* es justamente el remedio que la equidad habilita para amparar ese derecho, de tal manera que el titular registral se vea comprometido por las obligaciones ya asumidas con el *caveator* y se le impida, por ejemplo, celebrar una segunda venta.

2.2.1. Propuestas legislativas

a) La «clausura del Registro» en el Proyecto de reforma hipotecaria de 1908

El primer intento legislativo de implantar un instrumento de reserva de prioridad tuvo lugar a principios del siglo pasado, cuando en el proyecto de Ley de 1908, que sería la base para la reforma hipotecaria del año siguiente, se introdujo en el Senado la denominada «clausura del Registro»³³. El artículo 9 de aquel texto se pronunciaba en los siguientes términos:

«El dueño del dominio o de cualquiera derecho real que figure inscrito en el Registro, puede, siempre que lo tenga por conveniente, solicitar del registrador que el Registro quede cerrado para la inscripción de todo documento referente á su finca ó derecho y que sea posterior á la fecha de su solicitud.

El registrador sentará en el Registro, si estuviera abierto, la diligencia de clausura, de la que facilitará certificación al solicitante, archivando la solicitud.

Para que se proceda á la reapertura del Registro, será indispensable la presentación de la certificación anterior con el documento que se pretenda inscribir.

Mientras el Registro permanezca cerrado no podrá anotarse ni inscribirse ningún documento que proceda de otorgamiento voluntario del que solicitó y obtuvo la clausura».

Consistía, como vemos, en una certificación con auténtico cierre registral en la que destacaban varios aspectos: la exclusiva legitimación del titular registral para su solicitud, la limitación del expediente a los actos de carácter voluntario, exceptuándose, por tanto, los mandamientos judiciales, la ausencia de una regulación más detallada de los efectos de este cierre con respecto los actos que accedieran

³³ Sigo la tramitación legislativa tal y como se recoge en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, II, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de España, 1974, p. 213 y ss. En la motivación presentada por la Comisión se explicaba la novedad: «La posibilidad de que expedida por el registrador certificación referente á una finca sobre que se va á contratar, se inscriban después transmisiones ó modificaciones del dominio, produce siempre incertidumbre y constituye un peligro para el tercero, que la Comisión procura evitar en los sucesivos, proponiendo que todo el que tenga inscrito el dominio ó cualquiera otro derecho real pueda pedir que se cierre el Registro para toda otra posterior inscripción relativa á su derecho, y que cerrado quede hasta que con el título que se pretenda inscribir se presente la certificación de la clausura» (*Leyes...*, cit., II, p. 239).

al Registro con posterioridad al mismo, etc. Pero, sin duda, el más polémico era su escasa preocupación por la reapertura del Registro, pues sólo recogía uno de los supuestos posibles: la normal conclusión del contrato previsto. Éste fue uno de los temas principales de la discusión parlamentaria, el cual haría que, a la postre, se malograra su adopción.

El senador SÁNCHEZ ROMÁN criticó con severidad la fórmula. Se trataba de un medio limitador de la libertad de contratación que sustraía durante un tiempo al titular de la posibilidad de disponer del derecho inscrito en sentido contrario al expresado en el certificado, por lo que se prestaba a prácticas usureras. En sus propias palabras, no era más que un secuestro autónomo de la voluntad personal³⁴. Y claro está, la conclusión lógica era la consideración del certificado de clausura como un título público transmisible, muy al estilo del certificado de título característico del Acta Torrens³⁵.

En la sesión de 27 de junio de 1908, el pleno del Senado aprobó el proyecto modificando parcialmente el precepto, pero sin cambiar su filosofía. Ahora, el titular debía declarar en su solicitud la inexistencia de cualquier acto que hubiera otorgado y estuviera pendiente de registración. Igualmente, se previó el supuesto de que ingresara un título anterior a la fecha de expedición de la certificación. En este caso, se procedería a inscribirlo, no sin antes dar parte a las autoridades judiciales, con el objeto de que éstas tuvieran oportunidad de determinar una hipotética responsabilidad criminal³⁶.

El texto, no obstante el cambio de la Legislatura, se trasladó al Congreso de Diputados donde se dictaminó la no inclusión de la «clausura» por los abusos que de una regulación poco sosegada e

³⁴ «Y ahora dice el dueño: «quiero yo, que con la misma facultad, ya que con una sola palabra mía se clausuró el registro, que me deis el derecho de reapertura», y á eso decís vosotros: «no». ¿Pero qué es esto? ¿Qué fuerza hay aquí, y qué título superior que saca las cosas de la esfera de acción de poder, en suma, que el dueño tiene? Si el dueño tiene poder para clausurar un registro ¿por qué no ha de tenerlo para abrirlo de nuevo, y no que le hacéis tropezar con un obstáculo formal. De modo que, ¿yo soy soberano para hacer una cosa y no lo soy para deshacerla, por un obstáculo puramente formal, mera expresión de mi voluntad soberana, que es el documento que la consigna, que es la certificación del registrador que lo cerró? Se me pide como indispensable algo que tiene puramente un carácter puramente material, de prenda, de estorbo, que es la presentación del documento mismo. Pues ¿no lleva el registrador libros de asiento y de las certificaciones que expide? No es el mismo dueño el que pide eso?» (*Leyes...*, cit., II, p. 337).

³⁵ La defensa corrió a cargo de ÁLVAREZ GUIJARRO para quien el cierre indudablemente favorecería el crédito territorial. En su opinión, no se podía hablar de «suicidio de la voluntad»: «el que tiene la certificación ¿para qué quiere tener el Registro abierto? Para inscribir el título á cuyo otorgamiento concurra, ¿le sirve para algo á él, al dueño de la finca, del inmueble ó del derecho real, le sirve para algo el que el Registro esté abierto ó cerrado, como no sea para que pueda llevarse allí un título para inscribirlo?» (*Leyes...*, cit., II, p. 345).

³⁶ Cfr. *Leyes...*, cit., II, pp. 565-566.

incompleta de la misma podría derivarse³⁷. Además, se advirtió que el objetivo que pretendía la reforma ya se venía alcanzando *de facto*, y sin tantos problemas, con la práctica bancaria consistente en no dar el dinero hasta que se acreditara la situación registral de la finca en los términos que se habían tenido en cuenta para contratar.

b) La reserva en los trámites previos a la reforma de 1944

En el seno de la Comisión de juristas que redactó el proyecto de la que sería Ley de reforma hipotecaria de 1944³⁸, se valoró la posibilidad de establecer el bloqueo del Registro durante un período de tiempo determinado, y previa solicitud del dueño de la finca. La idea fue desestimada en atención al «grave riesgo de que esta medida fuera un fácil medio de burlar el derecho de otras personas y la consideración de que no todos los actos que ingresan en el Registro proceden de la voluntad del titular, como ocurre, por ejemplo, con los embargos, en cuyo caso equivaldría a negar a los interesados durante un período de tiempo la posibilidad de dirigirse contra los inmuebles inscritos»³⁹.

2.2.2. Propuestas doctrinales

Nuestra doctrina siempre ha estado abierta a cualquier alternativa que redunde en la mejora general del sistema. Junto a cuestiones tan seculares como la conveniencia de la inscripción de carácter constitutivo o la necesidad de una mayor coordinación entre el Registro y el Catastro, la reserva de prioridad ha despertado siempre encendidas posturas a favor o en contra que la hacen aún más interesante. Anticipando que el sector crítico parece haberse impuesto, al menos, por el momento, merece la pena acercarse a la opinión de quienes más se han destacado en su defensa. El estudio de sus diferentes propuestas se muestra de gran utilidad para comprender las consecuencias, al menos normativas, que conllevaría la adopción de tal medida.

Sin duda, el debate tuvo dos momentos álgidos. El primero, tras la reforma hipotecaria de 1944-1946, cuando los autores reivindicaron

³⁷ Sin embargo, se dejó constancia de que para una futura regulación en la materia sería imprescindible que la misma señalara un plazo de caducidad para el certificado (cfr. *Leyes...*, cit., II, p. 628).

³⁸ Formaban parte de aquella Comisión: José María PORCIOLES, Jerónimo GONZÁLEZ, Eduardo LÓPEZ PALOP, Ángel TRAVAL (sustituido más tarde por Raimundo NOGUERAS), Cirilo GENOVÉS, José ALONSO FERNÁNDEZ, y Ángel SANZ FERNÁNDEZ.

³⁹ SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Reus, Madrid, 1945, p. 147.

la fórmula, tras comprobar cómo el legislador, mejor dicho, la Comisión que se encargó de su redacción, había desaprovechado aquella oportunidad para introducirla. El segundo se produjo con motivo del II Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Madrid en 1974. En esta ocasión, la preocupación fue despertada desde la delegación argentina, que había presentado su certificación con reserva como modelo a seguir⁴⁰.

Se ha de empezar mencionando el trabajo publicado en 1952 por el Notario Pelayo HORE, cuyo título, «La angustiada prioridad», parece ya lo suficientemente expresivo de la posición que en él se mantiene⁴¹. La prioridad, en su concepción, se resume en una alocada competición por llegar el primero. Para evitarla, bastaría con que «la prioridad no viniera determinada por el asiento de presentación, sino por la expedición de una cierta certificación registral. Sería suficiente facultar al titular de un derecho inscrito para obtener certificación de título y cargas en la cual se hiciese constar que se expedía, a los solos efectos, de operar un contrato determinado y, abrir un cierto plazo, por ejemplo, de diez días, durante el cual la prioridad estuviese reservada exclusivamente al contrato anunciado. La expedición de la certificación quedaría constando en el Registro por nota marginal»⁴².

En 1953, MANUEL VILLARES PICÓ invitó al legislador a que dispusiera un nuevo párrafo tercero en el artículo 17 de la Ley Hipoteca-

⁴⁰ En las conclusiones del Primer Congreso Internacional, que tuvo lugar en Buenos Aires dos años antes, ya se percibía su influencia: «considerando las exposiciones de los señores delegados argentinos, dirigidos a caracterizar la certificación registral en su país, de las cuales resulta: 1º. Que en cuanto a su significación jurídica, la certificación registral tiene relación directa con el negocio de trascendencia real a otorgarse y, desde luego, con el instrumento público que la contendrá. 2º. Que dicha certificación está provista de efectos propios, que consisten en: a) informar a quienes van a realizar ese acto del estado de los asientos tal como figuran en el Registro, tanto con relación a los sujetos que transmiten, constituyen o modifican derechos, como a los inmuebles sobre los cuales versarán tales negocios (publicidad formal de la certificación); b) Conferir a quienes intervengan en la realización de esos actos una protección o garantía especial, de carácter esencialmente preventivo y de plazo limitado, por el que se les confiere por anticipado (reserva de prioridad indirecta) la certeza (publicidad material de la certificación) de que cuando los formalicen estarán en condiciones de alcanzar en sede registral la producción de los efectos propios de ese negocio, o sea, transmitir, constituir o modificar un determinado derecho real, siempre que se cumplan los requisitos y plazos previstos por la Ley; c) En cuanto a su instrumentación, la reserva de prioridad indirecta resultante de la expedición de la certificación se hace efectiva por medio de carácter preventivo, requerida por el titular inscrito o quien ejerza su representación. Por ello, el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral, recomienda: a las delegaciones de los países participantes que promuevan el análisis de este instituto a la luz de la experiencia recogida en la República Argentina y considere la posibilidad de implantarlo en los regímenes nacionales, en cuanto fuere compatible».

⁴¹ Cfr. *Revista de Derecho Privado* n.º 421 (1952), pp. 281 y ss.

⁴² HORE, ob. cit., p. 283.

ria⁴³, donde se plasmara la facultad de los futuros otorgantes de solicitar, de mutuo acuerdo y mediante documento privado, el cierre del Registro respecto a cualquier anotación o inscripción de un título traslativo o declarativo durante el plazo de sesenta días a contar desde la presentación de la solicitud⁴⁴. Del escrito se tomaría nota en el Libro Diario y también al margen de la inscripción de dominio de la finca, o, si ésta no estuviera matriculada, en un Libro especial creado con tal fin. A favor de la solicitud de reserva también se manifestaría FRANCISCO RUIZ MARTÍNEZ⁴⁵.

En este ambiente tan propicio al cambio, llega el Congreso Internacional de Madrid y con él los partidarios de mantener el *statu quo* se desquitan. Sin embargo, entre las ponencias presentadas por el nutrido grupo de especialistas que acudiera, destaca, por desmarcarse de la tesis mantenida por el resto de la delegación, la de ÁVILA ÁLVAREZ⁴⁶. En ella proponía la modificación de los artículos 24 y 236 LH y la incorporación al Reglamento Hipotecario de un nuevo artículo 335 bis que llevase por título el de «certificaciones de prioridad»⁴⁷.

⁴³ El artículo, que se ocupa del llamado cierre registral, dice lo siguiente: «inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real. Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento».

⁴⁴ Cfr. «El principio de prioridad debe actuar al mismo tiempo que el principio de fe pública registral o inmediatantes», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 302-303 (1953), p. 518. Un año después, VILLARES también proponía la posibilidad de que los documentos privados pudieran causar asiento de presentación o anotación preventiva. De este modo, los interesados dispondrían del plazo de su vigencia para poder acudir al Notario y presentar la correspondiente escritura en el Registro (cfr. «El documento privado en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 312 [1954], pp. 413 y ss.) Otros autores han compartido esta tesis; así, DURÁN CORSANEGO, (cfr. «La prioridad registral anticipada y la doctrina de la seguridad jurídica», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* t. XXI (1978), pp. 347 y ss.) o, más recientemente, DE JUAN DE CASTRO (cfr. «El Registro de la Propiedad como institución abierta a la presentación de toda clase de documentos, públicos o privados», en *Boletín del Colegio de Registradores de España* n.º 75 [2001], pp. 2562 y ss.)

⁴⁵ Cfr. «Principio de prioridad y cierre registral», en *Primer Congreso de Derecho Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1965, pp. 53 y ss. En esta Ponencia, el autor parece variar su postura anterior, cuando había llegado a calificar de desorbitante la preocupación de HORE por el problema (cfr. RUIZ MARTÍNEZ, «El principio de prioridad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 265 [1952], p. 891).

⁴⁶ Cfr. «El certificado de prioridad. (Proyecto de introducción en la legislación española)», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, I, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Hipotecarios, 1975, pp. 133 y ss.

⁴⁷ Ese hipotético artículo 335 bis RH resumiría toda la regulación propuesta: «El titular registral de una finca o derecho, al solicitar la expedición de certificación del contenido del Registro e independientemente de ésta, podrá solicitar la concesión de prioridad para

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, el proyecto se caracterizaba por dos circunstancias. La primera, por no retocar el artículo 17 LH, lo cual parecería imprescindible en atención a los importantes efectos sustantivos que la certificación pudiera implicar. La segunda, sin duda mucho más correcta, por el tratamiento independiente que hacía de la certificación con respecto a la certificación ordinaria. ÁVILA distinguía, incluso, entre un «certificado con prioridad» y un «certificado de prioridad», según se hubiera solicitado junto con la concesión de la reserva, información sobre el estado registral de la finca.

La legitimación para solicitar la certificación sólo residía en el titular registrado⁴⁸. Sobre este aspecto, en aquel proyecto se echaba de menos una nueva redacción del segundo párrafo del artículo 175 del Reglamento Notarial (en adelante RN) que recogiera el deber del Notario de advertir al adquirente su derecho a exigir del titular inscrito la presentación de esta clase de certificación.

Por lo que se refiere a su duración, adoptaba un sistema mixto, pues a la vez que preveía el plazo improrrogable de treinta días, dejaba en manos del interesado solicitar una certificación por menos tiempo, facultad que en la práctica hubiera sido muy poco operativa, pues se imponía que los primeros quince días fueran de carencia⁴⁹. Esto significaba que durante ese plazo los títulos anteriores a la expedición de la certificación podían presentarse sin quedar afectados por el negocio futuro.

Por último, y como problema de mecánica registral, se decantaba por que los títulos presentados durante la vigencia de la certificación, ya fueran posteriores, ya anteriores, que no lo hubieran hecho en el período de carencia, no se inscribieran hasta ver si el título prioritario ingresaba en plazo⁵⁰. En su opinión, esta solución era el mal menor, en comparación con la posibilidad de que se fueran practicando, al estilo argentino, inscripciones de carácter condicional.

un derecho que haya de constituirse posteriormente, cuyas características de naturaleza, extensión, condiciones y titular, precisará. El Registrador expedirá la certificación que acredite la concesión de tal prioridad y en la misma fecha hará constar la concesión por nota al margen de la última inscripción de la finca o derecho, extendiendo, también nota de la operación al pie de la solicitud que archivará en el legajo correspondiente. También hará constar en su día, por nota marginal, la caducidad de tal concesión por el transcurso del plazo concedido. El título en que en su día se constituya o adquiera el derecho de que se trate, se entenderá presentado en el Registro en la fecha de dicha nota marginal de concesión, siempre que las características de aquél coincidan con las que consten en la certificación y que la presentación de tal título tenga lugar en el plazo concedido, que no podrá exceder de treinta días, y sin perjuicio de los títulos que se presenten en el plazo de quince días contados desde la fecha de la certificación».

⁴⁸ Cfr. ÁVILA ÁLVAREZ, ob. cit., p. 139.

⁴⁹ Cfr. ÁVILA ÁLVAREZ, ob. cit., pp. 141 y ss.

⁵⁰ Cfr. ÁVILA ÁLVAREZ, ob. cit., pp. 145 y ss.

2.2.3. Fundamentos positivos para su rechazo. La inscripción del precontrato como alternativa de lege ferenda

Salvo las autorizadas voces recién destacadas, el sector doctrinal mayoritario ha mantenido siempre que la importación de la reserva de prioridad no es viable, en atención a principios tradicionales y superiores, en especial, el del título y el modo y el de inscripción⁵¹. En primer lugar, se piensa que cuando el artículo 609 CC establece que la propiedad se adquiere por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, estaría prohibiendo que el negocio acogido a la reserva pueda prevalecer sobre cualquier otro perfeccionado antes de su concesión. Nada se transmitiría, ni nada conseguiría quien en su virtud contratara con el titular registral, pues el bien habría pasado a manos de un tercero. Por su parte, el artículo 606 CC, al evitar que los títulos de dominio o de otros derechos reales no inscritos o anotados puedan perjudicar a terceros, estaría impidiendo que un derecho, aun en formación, se anticipara en cuanto a sus efectos registrales en detrimento de los que ya lo estuvieran.

La Dirección General de los Registros y del Notariado comparte el criterio. Al respecto, se muestra sumamente expresiva su Resolución de 17 de enero de 1994, donde al tratar del ámbito de las hipotecas de máximo, llega a manifestarse en los siguientes términos: «la admisión de hipotecas en garantía de deudas totalmente futuras (porque su constitución ha de depender enteramente de un futuro contrato que las partes libremente pueden o no celebrar) equivaldría a permitir la inscripción de hipotecas que, en realidad, no son tales, porque, dado su carácter accesorio, en rigor no existen (no puede haber hipoteca mientras no exista la deuda a la que ha de servir de garantía). Estaríamos simplemente ante una *reserva del rango* —un difuso derecho real en formación— que, aunque aparece constituido en favor de un sujeto determinado (el eventual futuro acreedor), en realidad su existencia queda a la libre disposición del propietario»⁵². En parecido senti-

⁵¹ Cfr. SEMINARIOS REGIONALES DE DERECHO HIPOTECARIO DE EXTREMADURA Y VALLADOLID-SALAMANCA, «Certificación registral con reserva de prioridad», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, I, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1975, pp. 49 y ss.; ARNAIZ EGUREN, CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA y CANALS BRAGE, «La certificación con efectos de cierre registral o de reserva de prioridad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 621 (1994), pp. 660 y ss.; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, II, Civitas, Madrid, 1995, p. 673; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 325.

⁵² La Dirección exponía los perjuicios que acarrearía la figura: «si la finca es después hipotecada o embargada en garantía de otros créditos, los respectivos acreedores podrían, por el arbitrio del que será avalado, perder su preferencia en favor de créditos que nacen

do pueden interpretarse las Resoluciones de 27 de julio y 6 de noviembre de 1999, y de 3 de noviembre de 2000.

Sin negar la validez del planteamiento expuesto, y con objeto de aprehender su correcto significado, se hace muy conveniente diferenciar entre una reserva de prioridad en sentido propio y otra impropia⁵³. La primera estaría vinculada a un negocio en hipotética proyección, y se representaría por reserva de prioridad obtenida previa solicitud o mediante certificación. La segunda haría referencia a todos aquellos supuestos en los que la legislación hipotecaria permite, por muy diferentes motivos, adelantar la inscripción de un negocio ya definido en sus rasgos básicos, pero todavía no consagrado. En este caso, nos encontraríamos ante modelos de preanotación, en los términos en los que esta figura ha sido definida, y cuyos ejemplos más relevantes serían la hipoteca unilateral (cfr. art. 141 LH), la llamada reserva de rango (cfr. art. 241 RH), o la inscripción de derechos sujetos a condición (cfr. arts. 23 y 142 LH).

Evidentemente, como ya se pusiera de manifiesto durante los debates parlamentarios del proyecto de 1908, una reserva a modo de bloqueo o secuestro del Registro a la libre disposición del propietario resulta totalmente impracticable, sin una previa y total reforma de los pilares en los que se asienta el ordenamiento. Sin embargo, se ha de apuntar que la solución final al problema de la inseguridad en la contratación inmobiliaria puede llegar a través del reconocimiento legal de un nuevo supuesto, más general, de reserva impropia: la inscripción o anotación del precontrato⁵⁴.

después (los del avalista), a pesar del carácter imperativo que exige la materia del orden de prelación de créditos. Por otra parte, la inadmisibilidad de estas preferencias anticipadas propiciaría que las diversas entidades encadenaran a sus clientes con la constitución de hipoteca sobre sus bienes en previsión de las eventuales operaciones futuras. Además estas reservas de rango podrían ciertamente facilitar determinadas operaciones comerciales, pero, a la vez, y al no existir un legítimo interés actual suficiente que las justifique, menoscabaría indebidamente el crédito territorial del propietario y perturbarían al tráfico inmobiliario. Finalmente la cancelación de las llamadas hipotecas de máximo en garantía de distintas deudas enteramente futuras exigiría difíciles pruebas de hechos negativos lo que equivaldría prácticamente a que formalmente se perpetuasen cargas inexistentes con la consiguiente perturbación del tráfico y del crédito».

⁵³ La distinción entre reserva de prioridad propia e impropia es utilizada por ARNAIZ EGUREN, CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA y CANALS BRAGE (cfr. ob. cit., pp. 647 y ss.), aunque encuentra sus antecedentes en la ya expuesta por MESA LAGO entre reserva de prioridad directa e indirecta (cfr. *La reserva de prioridad*, [s. e.], La Habana, 1959, pp. 99-100). Para este autor, el elemento diferencial entre ellas era la inmediatez en la protección que el Registro hubiera de dar al derecho objeto de cada una. En su opinión, el derecho de retorno arrendaticio, regulado hoy en día en el artículo 15 RH, sería el ejemplo característico de esa reserva de prioridad directa o inmediata.

⁵⁴ Para quienes les pueda parecer extraño el recurso a la inscripción del precontrato como método para defender a los que vayan a adquirir el dominio o cualquier otro derecho real sobre un bien registrable, les debo decir que no se trata de una idea nada original. En efecto, la posibilidad de su adopción ya fue puesta de manifiesto en el Congreso de Madrid,

En principio, el precontrato puede ser calificado como aquel contrato mediante el cual las partes se obligan a concluir otro para el que dejan apuntados sus elementos más esenciales. Al tener por objeto la celebración de un nuevo contrato recibe también el nombre de *pactum de contrahendo*. Junto a esta concepción, que podría calificarse de tradicional, se conocen otras dos. La primera, defendida por ROCA SASTRE, mantiene que el precontrato es ya un contrato completo que no implica la obligación de contratar en el futuro, pero sí la de colaborar en el establecimiento del contrato definitivo, fijando unas líneas directrices a desenvolver ulteriormente⁵⁵. La segunda se debe a DE CASTRO. Para este autor, el precontrato no conlleva la existencia de dos contratos sino la suspensión, en sus efectos, de un contrato hasta que se exija su cumplimiento. Por ello, resulta preferible denominarlo promesa de contrato, habida cuenta de que consiste en «un quedar obligado contractualmente (al contrato proyectado) dependiente de la voluntad de una (o de cada una) de las partes. De este modo se consideraría promesa de contrato el convenio por el que las partes crean en favor de una de ellas (onerosa o gratuitamente), o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata (*ex nunc*) de un contrato por ellas proyectado»⁵⁶.

En contra de la teoría tradicional se ha postulado su insuficiencia cuando alguna de las partes se niega a cumplir. Se ha dicho que al tratarse de una prestación personalísima y no fungible, el Juez no podría sustituir a la parte incumplidora y otorgar el consentimiento necesari-

Allí, y en contestación a una insostenible reserva de prioridad con alcance puramente formal, se apostó por la superación de la distinción entre derechos reales y personales en favor de otra más apropiada, entre derechos susceptibles o no de registración. Esta distinción permitiría la inscripción «de la promesa unilateral de venta, de contrato en general, y hasta en algunos casos de los contratos en formación, o el precontrato», como medio de conseguir la prioridad para el contrato definitivo (cfr. SEMINARIOS REGIONALES DE DERECHO HIPOTECARIO DE EXTREMADURA Y VALLADOLID-SALAMANCA, ob. cit., pp. 59 y 64). En el mismo sentido se concluyó en el IX Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Torremolinos (Málaga) en 1992. En él se advirtió la conveniencia de superar la tradicional concepción de que solamente deben tener acceso al Registro los derechos reales ya formados, debiendo ampliarse la publicidad registral a los «derechos reales en fase de formación y a las relaciones jurídicas de contenido obligacional a las que cada legislación nacional estime oportuno dotar de eficacia y transcendencia real» (cfr. Ponencias y comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral, I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, pp. 15-16).

⁵⁵ «Contrato de promesas», en *Estudios de Derecho Privado*, I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 324 y ss. La teoría de ROCA fue asumida, punto por punto, por la Sentencia del Supremo de 5 de octubre de 1961.

⁵⁶ «La promesa de contrato (algunas notas para su estudio)», en *Anuario de Derecho Civil* 1950, p. 1170. A favor de esta tesis se han pronunciado también, ALBALADEJO (cfr. *Derecho civil*, II, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 446-447), DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (cfr. *Sistema de Derecho Civil*, II, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 68-69), LALAGUNA (cfr. «El contrato de promesa de venta y el retracto convencional», en *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, Reus, Madrid, 1978, pp. 99-100). En su aplicación, véase la Sentencia de 29 de julio de 1996.

rio para el contrato definitivo⁵⁷. De este modo, el precontrato perdería todo su significado, al someterse a las reglas de responsabilidad propias de los tratos previos o preliminares. Sin embargo, la jurisprudencia desde ya las Sentencias de 9 de julio de 1940, 16 de abril de 1941, e, incluso, la de 1 de julio de 1950, la cual sirviera de fundamento para su tesis a DE CASTRO, siempre ha sostenido la coercibilidad del *pactum de contrahendo*, dejando la indemnización para el supuesto de que el contrato definitivo no pudiera elaborarse a partir de los escasos elementos prefijados⁵⁸. Es decir, el Juez debe valorar, caso por caso, el contenido del convenio de modo que sólo mandará su ejecución si el negocio futuro ha sido suficientemente determinado. Con la asunción de este criterio material, aceptado en el Derecho positivo por la ley 516 de la Compilación Navarra, las diferencias entre las teorías referidas quedan en la práctica diluidas⁵⁹.

Introducida de este modo la cuestión, cabría plantearse si cuando las partes negocian un acto inscribible, el precontrato que hubieran firmado puede adelantar su inscripción, sin esperar, por tanto, a que impulsen el contrato definitivo. La medida, que completaría frente a terceros la natural función tuitiva del precontrato, se acoge, según se tuvo oportunidad de ver, en sistemas tan dispares como el alemán o el italiano.

⁵⁷ Cfr. MORO LEDESMA, «El precontrato», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 116 (1934), pp. 573-574; ALGUER, «Para la crítica del concepto de precontrato», en *Revista de Derecho Privado* n.º 267 (1935), pp. 430 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, «La promesa...», cit., pp. 1139 y ss.; SÁNCHEZ VELASCO, «Contrato de promesa y promesa de contrato», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* t. VI (1952), pp. 517 y ss.

⁵⁸ En este sentido, la Sentencia de 7 de febrero de 1966 advierte que la promesa de venta no siempre se presenta de la misma forma, «pues unas veces las propias partes contratantes han dejado para el futuro no sólo la obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato, en cuyo caso el incumplimiento no puede conducir más que a la exigencia —por el contratante dispuesto a cumplir su compromiso— de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido acarrear; mientras que en otros supuestos, las mismas partes, demuestran su decidida voluntad —en todos los pormenores y detalles— de celebrar un auténtico contrato de compraventa, que de momento no pueden actuar por impedirlo la concurrencia de determinados obstáculos como la falta de autorizaciones o la liberación de gravámenes, o simplemente porque en dicho instante no les conviene la celebración en firme y desean esperar cierto plazo». También cabe citar, por actuales, las Sentencias, siempre del Supremo, de 13 diciembre de 1989, 25 de junio de 1993 y 14 de febrero de 1995.

⁵⁹ «La promesa de concluir un contrato futuro obliga a quien la hace siempre que se hayan determinado los elementos esenciales del contrato cuya aceptación se promete.

El convenio consensual preparatorio de un contrato futuro, aunque no reúna todos los requisitos exigidos para la celebración del contrato previsto, obliga a las dos partes.

La obligación de contratar que resulta de estas promesas se regirá por las reglas aplicables al contrato prometido. Los elementos accidentales del contrato no previstos en la promesa se determinarán conforme al uso, la costumbre y la Ley, o, en su defecto, por el Juez» (ley 516 de la Compilación Navarra).

En principio, ha de partirse para el Derecho español de la regla general de la inadmisibilidad de los derechos personales en el Registro de la Propiedad. Como conclusión lógica, no podría inscribirse el precontrato. Si únicamente acceden los actos traslativos, constitutivos o modificativos de derechos reales, aquél quedaría al margen por no generar más efectos que los obligacionales, esto es, celebrar en el futuro un contrato siguiendo determinadas coordenadas. Para despejar cualquier tipo de duda, el artículo 9 RH establecería la no registrabilidad de «la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores».

No obstante esta prohibición, se ha de advertir que tan sólo unos artículos más adelante se permite el acceso de una figura ciertamente «afin» al precontrato. Se trata del contrato de opción de compra, contrato en cuya virtud «una parte concede a la otra la facultad exclusiva de decidir sobre la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante»⁶⁰. Para su registración, el artículo 14 RH requiere: a) el acuerdo de las partes, b) el señalamiento del precio pactado para la adquisición de la finca y, en su caso, del estipulado para conceder la opción (prima), y c) la fijación de un plazo para su ejercicio, nunca superior a cuatro años, salvo en el caso del arrendamiento con opción de compra, la cual resultará ejercitable durante el tiempo que dure aquél.

Atendiendo a su definición, la no necesidad de reproducir un consentimiento de naturaleza contractual que articule definitivamente las expectativas de las partes constituiría el elemento diferenciador entre el pacto de opción y el precontrato; «la opción de compra supondría una compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución obligatoria para el cedente, sin necesidad de más actos, lo que la diferencia del *pactum de contrahendo*, pues es con la aceptación cuando quedan definitivamente fijadas las recíprocas obligaciones que han de exigirse después con el nacimiento y perfección de la compraventa

⁶⁰ Sentencias del Tribunal Supremo español de 4 de abril de 1987, 24 de enero de 1991 y 1 de diciembre de 1992. Conforme a estos fallos, los elementos esenciales del contrato de opción serían «la concesión al optante del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compra; la determinación del objeto; el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición; y la concreción de un plazo para el ejercicio de la misma; siendo, por el contrario, elemento accesorio el pago de una prima».

por obra del doble consentimiento que en el optante es simplemente retardado o pospuesto al término previsto»⁶¹.

Sin embargo, esta apreciación, siendo importante, no goza de la suficiente fuerza como para negar la identidad funcional que existe entre ambas figuras: la de servir de vehículo para la realización de un contrato posterior. El contrato de opción y el precontrato serían especies de un mismo género, el de los contratos instrumentales, preparatorios o de formación progresiva⁶², donde también estarían incluidos el pacto de preferencia⁶³, el contrato normativo⁶⁴ y el de licitación⁶⁵.

En este punto, la pregunta parece obligada, ¿cuál es el fundamento específico de que se admita a inscripción la opción de compra? Básicamente, se presentan dos argumentos: la pretendida naturaleza real del derecho que origina y la inminencia de la conclusión del futuro negocio traslativo. Centrémonos en cada uno de ellos.

Un importante sector de la doctrina postula por considerar a la opción un derecho real de adquisición, pues «atribuye a su titular, durante cierto tiempo, el poder jurídicamente protegido de hacerse transmitir el derecho de propiedad sobre una cosa que pertenece a otro, con independencia de la voluntad del titular de la cosa que se transmite, y mediante el abono del valor estimado de la cosa que se adquiere»⁶⁶. Sin embargo, esta posición no es para nada pacífica dado que son tam-

⁶¹ Sentencias de 9 de febrero de 1985, 23 de diciembre de 1991, 17 de mayo de 1993, y 14 de febrero de 1997. Para ALGUER, el contrato de opción no produce la obligación de contratar sino un derecho potestativo, o sea, el derecho a configurar mediante la mera voluntad del optante una relación jurídica (cfr. «Para la crítica...», cit., en *Revista de Derecho Privado* n.º 266 [1935], p. 376).

⁶² Cfr. TALMA CHARLES, *El contrato de opción*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 52 y ss.; MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 101-102. Más estrictamente, SPOTA considera preparatorios todos aquellos contratos, como el de opción, que no obliguen a celebrar un ulterior contrato, y tengan por fin reglar las «vinculaciones jurídicas de las partes si éstas llegaran a advenir» (*Instituciones de Derecho Civil*, II, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 6).

⁶³ En virtud del pacto de preferencia o prelación, una persona se obliga a preferir a otra para el caso de que decida contratar sobre un determinado objeto.

⁶⁴ Los contratos normativos son aquellos en los que las partes, integradas en una relación de cierta perdurabilidad, fijan las bases y las condiciones generales de los contratos que vayan celebrando en el futuro. En relación con esta modalidad contractual, *vid.*, entre otros, GARCÍA AMIGO, *Lecciones de Derecho Civil*, II, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 195; O' CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial*, II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pp. 953 y ss.

⁶⁵ Por el contrato de licitación, «una pluralidad de partes se obliga a respetar una serie de criterios dirigidos a la selección del candidato idóneo, para ocupar la posición de parte contractual en un posterior contrato definitivo» (MENÉNDEZ MATO, *ob. cit.*, pp. 126-127).

⁶⁶ SERRANO ALONSO, «Notas sobre el derecho de opción», en *Revista de Derecho Privado* 1979, p. 1138. En el mismo sentido se pronuncian, entre otros, BADENES GASSET (cfr. *La preferencia adquisitiva en el Derecho español: tanteo, retracto y opción*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 221-222), CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, (cfr. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, I, Aranzadi, Pamplona, 1982, pp. 158-159), RAMÓN CHORNET (cfr. «Derecho de opción: cancelación de cargas ulteriores y breve apunte sobre su naturaleza real», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 591 [1989], pp. 333 y ss.) o VIDAL FRANCÉS (cfr.

bién muchos quienes le niegan los caracteres de inherencia y exclusividad propios de los derechos reales⁶⁷. Los Tribunales suelen inclinarse en esta última dirección, afirmando la oponibilidad de la opción por la inscripción «pero sin que ésta tenga la virtud de transmutar, convirtiendo a los personales en reales, la naturaleza de los derechos, ya que no se tiene un poder directo sobre la cosa, sino únicamente la facultad de exigir del sujeto pasivo el necesario comportamiento para que el contrato prefigurado sea llevado a su consumación, y buena prueba de ello lo suministra el propio artículo 14 citado, pues si fuera derecho real sería inscribible sin necesidad de los requisitos complementarios»⁶⁸.

Por tanto, no parece que pueda sostenerse la naturaleza real del derecho de opción como criterio habilitante para su inscripción. En verdad, y tal como informa DE LA RICA Y ARENAL, quien fue uno de los miembros de la Comisión redactora del Reglamento Hipotecario de 1947⁶⁹, donde se introdujera, tal posibilidad se debe al mero hecho de haberse manifestado a su favor el legislador, el cual no quiso con ello prejuzgar su configuración jurídica.

El segundo argumento para la inscripción de la opción consistía, recuérdese, en el aviso que la opción proporcionaría sobre una próxima traslación de la propiedad, haciendo depender de la sola declaración de voluntad de su titular la constitución de la relación negocial definitiva. El contrato de opción, o el pacto que al respecto se incluyera en otro título inscribible, daría noticia de una muy adelantada fase en relación con una modificación jurídica inmobiliaria, de un «negocio jurídico bilateral, perfecto en cuanto a su contenido, y que puede considerarse una cuasi-transmisión cuya inscripción se condiciona en cuanto al tiempo y en cuanto a sus efectos»⁷⁰.

La problemática de las condiciones en el Registro de la Propiedad, Atelier, Barcelona, 1999, pp. 141 y ss.).

⁶⁷ Desde su consideración del precontrato como promesa de contrato, advertía DE CASTRO la gran semejanza entre esta figura y el contrato de opción (cfr. «La promesa...», cit., p. 1777). A su juicio la opción, como facultad de exigir el debido cumplimiento, era la situación jurídica creada por la promesa que no tenía el carácter de poder independiente o derecho subjetivo, al estar unida «a la creación de las obligaciones que haga surgir el contrato y que recaen indefectiblemente sobre el patrimonio del titular». Para ROCA, la opción se trata de un derecho personal, que en caso de inscripción podría encuadrarse dentro de la categoría de carga o gravamen real (cfr. ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, III, Bosch, Barcelona, 1979, p. 547). También, TORRES LANA (cfr. *Contrato y derecho de opción*, Trivium, Madrid, 1987, pp. 197 y ss.) entiende que la opción no se opone a terceros, salvo por la inscripción, ni tampoco otorga a su titular un señorío sobre la cosa, sino más bien «una eventual pretensión adquisitiva de la misma».

⁶⁸ Sentencias de 9 de octubre de 1987, 9 de octubre de 1989, 24 de octubre de 1990 y 11 de abril de 2000.

⁶⁹ Cfr. «Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario», en *Libro-Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*, I, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, pp. 209 y ss.

⁷⁰ ARNÁIZ EGUREN, CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA y CANALS BRAGE, ob. cit., pp. 647 y ss.

A mi juicio, esta es justamente la razón de que la opción encuentre cobijo en el Registro. Con tal previsión, se quiso corresponder a una frecuente y útil práctica, sobre todo en materia arrendaticia, y proteger a la persona que tuviera una expectativa de adquisición sobre la finca frente a quienes contrataran posteriormente con el concedente.

En virtud de este último dato, se puede afirmar que la categoría del precontrato tendría encaje dentro de un sistema cerrado como es el español al certificado con reserva de prioridad, por ejemplo, sin que, por ello, se subviertan sus bases. Si la posición del optante refleja una expectativa frente al derecho de propiedad, no parece descabellado comprender en análoga situación a quien hubiera convenido, con determinación de sus elementos fundamentales, una futura compraventa, y más teniendo en cuenta que la jurisprudencia de aquel país ha venido reconociendo la plena ejecución del precontrato perfecto, esto es, el que concreta de antemano esos elementos⁷¹. Entre ambos tipos contractuales la diferencia residiría en la concesión al optante de la facultad de exigir, no la mera celebración del futuro contrato, sino su cumplimiento, dado que el consentimiento de la otra parte ya se habría formulado⁷².

Reconozco que a la tesis que se hace valer podrían dirigirse varias objeciones. La primera sería que el precontrato inscrito implicaría siempre una gran incertidumbre sobre el estado registral de la finca; aunque se limitara la eficacia de su inscripción con la fijación legal de un plazo límite para la presentación del contrato definitivo, nunca habría la suficiente seguridad sobre su conclusión. El inconveniente no parecería insalvable si se piensa que también lo presentarían otros derechos cuya registrabilidad está, al día de hoy, exenta de discusión (v. gr. la hipoteca unilateral).

La segunda de esas críticas podría apoyarse en la falta de un tratamiento adecuado en el Código Civil sobre el precontrato y los efectos de su incumplimiento, en atención, sobre todo, a una posible ejecución sustitutoria del mismo, al estilo del artículo 2932 del Código italiano. No obstante, debe advertirse que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, del año 2000, dispone un cauce procesal para solventar estos problemas. Concretamente, su artículo 708 establece, siguiendo

⁷¹ Cfr. SANTOS BRIZ, *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Contares, Granada, 1992, p. 93.

⁷² Sobre el particular, MARTÍNEZ DE AGUIRRE considera la opción una especie del género precontrato o promesa de contrato, de carácter exclusivamente unilateral, ya que manifiesta una obligación de contratar a cargo únicamente del promitente (cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, DE PABLO CONTRERAS *et al.* *Curso de Derecho Civil*, II, Colex, Madrid, 2000, p. 381).

la línea jurisprudencial actual sobre el precontrato, que cuando el ejecutado se niegue a cumplir con su obligación, el Tribunal, por auto, dará por emitida la declaración de voluntad, «si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio». En los casos en los que esos elementos no se hubieran fijado por las partes con antelación, y el condenado no accediera a su determinación, entonces, sí se acudiría a la ejecución por equivalente pecuniario (cfr. arts. 712 y ss. LEC)⁷³.

El último y más importante de los reproches se basaría en el alto nivel de conflictividad que generaría en la práctica la convivencia entre derechos constituidos y derechos en formación⁷⁴. En realidad, esa circunstancia se fundamentaría no tanto en la introducción de derechos personales en el Registro cuanto por no haber abordado el legislador los aspectos más relevantes de su regulación, ni tampoco haber adoptado una postura definida sobre la aplicación de sus principios a todos los derechos inscritos. Las lagunas que en relación a su régimen presenta el derecho de opción o la especial problemática de las anotaciones preventivas de embargo son buena muestra de ello. En cualquier caso, soy consciente de que la medida sería inimaginable sin el previo y terminante reconocimiento del principio de inoponibilidad, o lo que es lo mismo, sin declarar la plena vigencia, en beneficio del derecho inscrito, de cualquier clase que sea, de los artículos 606 del Código Civil y 32 LH⁷⁵.

2.2.4. Régimen básico para la registración del precontrato

Para que el precontrato accediera al Registro no bastaría con la modificación del artículo 9 RH; se precisaría la inclusión en el artículo 2 LH de un nuevo ordinal que habilitara la inscripción de «los demás títulos previstos en la legislación». De no hacerse así, la medida sería nula por ilegal.

⁷³ Si los elementos indeterminados fueran de carácter no esencial, el precepto manda al Tribunal, una vez oídas las partes, integrarlas conforme a los usos del mercado o tráfico jurídico.

⁷⁴ Cfr. ARNÁIZ EGUREN, CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA y CANALS BRAGE, ob. cit., p. 666.

⁷⁵ El artículo 606 del Código ya ha sido comentado en el texto, razón por la que sólo transcribiré el artículo 32 LH, que dice así: «los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero». Cuando se dice que debe potenciarse una interpretación literal de este precepto se hace en alusión a que en el Derecho español el único tercero verdaderamente protegido frente a lo inscrito no es el referido en él, sino el más exigido del artículo 34 LH, esto es, quien que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo y proceda a inscribir, a su vez, su derecho. Del concepto quedarían fuera el inmatriculante o el adquirente a título gratuito, aunque sean de buena fe.

En cuanto a su concreto contenido, creo que esa reforma debería respetar, cuando mínimo, los siguientes puntos:

Ámbito. Si no se quieren reproducir las dudas generadas en su interpretación por el artículo 14 RH, que sólo se refiere a la opción de compra⁷⁶, la reforma debería apuntar qué tipos de precontrato podrían registrarse: de compraventa, de mutuo, de usufructo, etc. De no concretarse ninguno, habría de entenderse que son posibles todos aquellos por los que se constituyera, transmitiera, modificara o extinguiera el dominio o cualquier otro derecho real sobre el inmueble.

Asiento. Como se dispone en los ordenamientos donde se admite su inscripción, el asiento adecuado a la naturaleza estrictamente temporal del precontrato es la anotación preventiva⁷⁷. Sin embargo, la reforma no podría inclinarse por él sin establecer igual medida para el derecho de opción.

Formalización. Sólo sería apto para su inscripción, el precontrato recogido en documento auténtico. El normal seguimiento del artículo 3 LH garantizaría, de este modo, la seriedad del negocio. En cuanto a su contenido, las partes habrían de manifestar con claridad las características básicas del futuro contrato. Si se tratara de un préstamo hipotecario, habría de señalarse, también, la suma total del crédito. Se ha de cuestionar si la inscripción dependerá de convenio al respecto o si, por el contrario, podría ser instada libremente por cualquiera de los interesados. En este sentido, la adaptación en cuanto a su régimen entre la figura estudiada y la opción de compra exigiría ese acuerdo previo.

Plazo. Las partes también deberían indicar un plazo para la formalización del contrato definitivo, nunca superior al que señalara la Ley. No me parece que pudieran considerarse, por excesivos, los cuatro años indicados para la opción de compra. Creo que el límite de un año sería más que suficiente para dar cumplimiento a la finalidad pretendida. En cualquier caso, siempre se podría acudir al Notario para otorgar un nuevo precontrato.

⁷⁶ Si se entiende, como se hace aquí, que el derecho de opción tiene una naturaleza personal, el artículo 14 RH sólo daría cobertura a la opción de compra, no pudiendo ser extendido en relación con otros contratos, al tratarse de una excepción a la regla de la registración de derechos reales (cfr. TORRES LANA, ob. cit., pp. 210-211).

⁷⁷ La anotación es el asiento reservado para la opción, así como para el resto de los derechos personales (tanteo, retracto convencional, arrendamiento), en el artículo 959 del Código suizo.

Efectos. La inscripción o anotación del precontrato no producirá el cierre del Registro, pero supeditará los derechos posteriormente presentados a que ingrese en plazo el contrato anunciado⁷⁸. Ahora bien, frente a la doctrina de la Dirección General que admite la inscripción de la compra realizada en virtud de una opción previa en cualquier momento, siempre que no hubiera caducado el asiento respectivo⁷⁹, sería más apropiada la fijación legal de un corto plazo de tiempo para que el adquirente ingresara su título, ya que sin esta previsión se desvirtuaría fuertemente la publicidad del Registro⁸⁰.

Desistimiento. El título que se inscribiera sería un precontrato, pero el derecho publicado, consistente en la ulterior conclusión de un contrato sobre el inmueble, sólo preservaría las expectativas, por lógica, de quien todavía no es propietario. Si el asiento finalmente escogido por el legislador fuera el de anotación preventiva, el número decimosegundo del artículo 206 RH admitiría con plenitud que se pudiera desistir del mismo. Por demás, las partes podrían solicitar de mutuo acuerdo su

⁷⁸ En esta dirección, sería recomendable acudir a la cancelación de los asientos intermedios del artículo 175 RH, atendiendo a que la Dirección General (cfr. Resoluciones de 7 de diciembre de 1978, 28 de septiembre de 1982 o 27 de marzo del 2000) considera análogamente aplicable al derecho de opción la regla sexta de este precepto, referido exclusivamente a la venta de bienes sujetos a condición. Con ello, se habilitaría la cancelación de su asiento siempre que se acreditara la consignación a favor de sus titulares de la cantidad entregada para ejercitar la opción. Se trata de un criterio también acogido en la doctrina: cfr., entre otros, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, ob. cit., III, 1979, p. 569; RUANO GARCÍA, «Inscripción del derecho de opción. Aspecto sustantivo y aspecto registral. (Examen especial de la opción de compra)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n° 576 (1986), pp. 1483-1484; RAMÓN CHORNET, ob. cit., p. 363; YSAS SOLANES, «El derecho de opción», en *Anuario de Derecho Civil* 1989, pp. 1266-1267.

⁷⁹ Véanse, en esta dirección, las Resoluciones de 30 de julio de 1990 y 27 de marzo de 2000.

⁸⁰ Similar solución a la mantenida en el texto adoptaba el artículo 177 RH en su anterior redacción, al establecer para los casos de venta con pacto de retro un plazo de ocho días a contar desde el expresamente estipulado, pasado el cual, sin constancia de asiento alguno que diera noticia de la resolución, rescisión o modificación del contrato de venta, se podría pedir la nota marginal que acreditara la ineficacia definitiva del pacto, con la sola presentación del título que hubiera producido la inscripción. El RD 1867/1998, de 4 de septiembre, modificó el precepto a fin de establecer una norma general de caducidad para los asientos sometidos a un plazo de ejercicio. En su virtud, el Registrador cancelará de oficio los asientos que publicaran esos derechos, pero sólo cuando hubieran transcurrido cinco años desde su vencimiento. ¿Cabría solicitar la cancelación sin esperar a que se cumplieran los cinco años? Por supuesto, pero en tal caso, sería imprescindible, conforme al artículo 82 LH, contar con el consentimiento de la contraparte; si éste no se prestara a otorgarlo, no habría más remedio que acudir a juicio ordinario. Como se observa, la reforma reglamentaria favorecería, siquiera temporalmente, un estado de cosas que en la mayoría de las ocasiones no habrá de tener correspondencia con la realidad. De la misma opinión ÁVILA NAVARRO, quien entiende el plazo de cinco años inexplicable (cfr. «La cancelación de cargas por caducidad reglamentaria [art. 177 RH] y el principio de legitimación en Roca-Sastre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n° 651 1999, p. 644).

cancelación, al estilo del artículo 2668 *Codice*⁸¹, siempre que en ella constara como causa el querer dar por extinguido el precontrato.

3. SEGURIDAD POSTESCRITURARIA Y RETROPRIORIDAD

Con el concepto de retroprioridad se hace referencia a la retroactividad o ampliación de los efectos de la inscripción al momento en el que el respectivo acto fue otorgado. El artículo 5 de la Ley registral argentina establece con claridad su funcionamiento: «las escrituras públicas que se presenten dentro del plazo de cuarenta y cinco días contados desde su otorgamiento, se considerarán registradas a la fecha de instrumentación». Cuando tal plazo no sea respetado, se estará al criterio general de la presentación. En virtud de ello, la doctrina suele distinguir entre prioridad directa e indirecta, según la prelación de un título estuviera determinada por la fecha de su acceso al Registro o por la fecha de su formalización⁸².

Por su parte, el Derecho español desconoce algo similar a lo que se expone. El artículo 35 del Reglamento general para la ejecución de la primitiva Ley Hipotecaria (aprobado por Real Decreto de 21 de junio de 1861) contenía, a primera vista, una excepción general al cierre registral, estableciendo que «la prohibición de inscribir títulos de fecha anterior a la del último inscrito en el registro, contenida en el artículo 17 de la Ley, se entiende sin perjuicio de la facultad, que según la misma Ley, tengan los dueños de inmuebles o derechos reales, para registrar en plazos determinados, los títulos que oportunamente no hubieren presentado al registro. Pero en las inscripciones de esta especie se hará mención de dicha circunstancia, antes de expresarse la conformidad de ellas con los documentos de referencia». El precepto no debía interpretarse en el sentido de que los adquirentes del dominio o de derechos reales sobre una finca contarán a su favor con un plazo de retroprioridad, de manera tal que, si presentaran sus respectivos títulos en el plazo fijado por la Ley, se beneficiaran de la eficacia retroactiva de la inscripción al justo momento en que se hubiera celebrado el contrato o constituido el derecho. En realidad, y

⁸¹ El precepto ordena en su último inciso la cancelación de la transcripción del contrato preliminar cuando es «debidamente consentida por las partes interesadas».

⁸² Cfr., entre otros, GARCÍA CONI, «La retroprioridad y su reserva», en *La Ley* (Buenos Aires) 1984-C, pp. 892 y ss.; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Curso introductorio al Derecho Registral*, Colegio de Escribanos de Tucumán-Victor de Zavalla, Buenos Aires, 1983, pp. 380 y ss.; SCOTTI, «Certificación registral con reserva de prioridad. El negocio jurídico en gestación», en *El Derecho* 167 (1996; Buenos Aires), p. 1152.

como luego se aclarará por la reforma reglamentaria de 1870, se trataba de una norma de Derecho transitorio; téngase en cuenta que la Ley tenía una proyección retroactiva, pues concedía un plazo de regularización de un año a los titulares de aquellos derechos que, pudiendo estar inscritos según lo que en ella se disponía, no hubieran sido inscritos en los antiguos Registros. Sin embargo, no bastaba la presentación de los títulos en ese plazo para que los efectos de la inscripción se retrotrajeran a la fecha de aquéllos, sino que también era necesario, en el supuesto de que se hubiera transmitido la finca, que el derecho inscrito se hubiera referido en los títulos de la propiedad, pues, en caso contrario, es decir, si éste no constare en los títulos de propiedad al tiempo de su última adquisición, la inscripción seguiría el régimen general. En definitiva, el principio de prioridad suspendía su eficacia en beneficio de estas personas y como una medida más para promocionar la inscripción primigenia.

Asimismo, tampoco ha habido ningún intento a nivel doctrinal que haya postulado por su adopción, sin duda, porque la preocupación de los autores por la fase postescrituraria quedaba absorbida en la polémica sobre la reserva de prioridad⁸¹. Y es que, en puridad, la retroprioridad nunca podría implantarse sin acompañarse de una fórmula al estilo de la certificación argentina, pues se haría imprescindible que el negocio se encontrara anunciado en el Registro antes de su definitiva presentación, habida cuenta de que su otorgamiento no podría afectar a terceros de buena fe⁸². En este sentido, no es suficiente con que se hubiera instrumentado en escritura pública. El artículo 1218 CC, cuando indica que «los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste», no podría implicar la derogación de las más elementales normas sobre publicidad registral⁸³. Sobre este precepto, de

⁸¹ Del mismo modo, la inscripción del precontrato, en los términos recién plasmados, abarcaría la fase postescrituraria.

⁸² Incluso VELEZ SÁRSFIELD, que acogiera en el artículo 3137 de su Código una retroprioridad de seis días para las hipotecas, parecía percatarse de los riesgos de la fórmula al redactar el artículo inmediatamente anterior de la siguiente forma: «Si estando constituida la obligación hipotecaria, pero aún no registrada la hipoteca, y corriendo el término legal para hacerlo, un subsiguiente acreedor, teniendo conocimiento de la obligación hipotecaria, hiciere primero registrar la que en seguridad de su crédito se le haya constituido, la prioridad del registro es de ningún efecto respecto a la primera hipoteca, si ésta se registrare en el término de la ley». A contrario sensu, se debía entender que la primera hipoteca era inoponible frente al tercero de buena fe que, habiendo constituido un derecho con fecha posterior, lo registrase antes.

⁸³ Para RODRÍGUEZ ADRADOS, (cfr. «Valor y efectos de la escritura pública», en *Estudios sobre Derecho Documental*, Consejo General del Poder Judicial-Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, p. 110), el artículo 606 CC, al igual que el artículo 1219 en relación con las «contraescrituras» —las realizadas para desvirtuar otra anterior—, actúa como excepción al artículo 1218 CC. Mucho más contundente se expresa GARCÍA GARCÍA, para

marcado carácter procesal, como demuestra su inserción en el capítulo dedicado a la prueba de las obligaciones, siempre se impondría, tratándose de títulos sujetos a inscripción, el citado artículo 606 de ese cuerpo legal⁸⁶.

Por otra parte, la retroprioridad no ha de confundirse con aquellas otras previsiones que se observan en la legislación que hacen depender la atribución de un especial privilegio del hecho de que se solicite, en un determinado tiempo, la inscripción de ciertos derechos de naturaleza personal. La Ley Hipotecaria contiene un supuesto en su artículo 48. En él se concede un plazo de ciento ochenta días, contados desde la muerte del testador a los legatarios de género o cantidad para que presenten sus títulos. De este modo, se distinguen los legatarios que han logrado anotar en plazo de aquellos otros que lo dejaron transcurrir. Los primeros serían preferentes. Los segundos, en cambio, una vez anotados, no obtendrían prelación alguna sobre los demás legatarios que omitieran esa formalidad, ni lograrían otra ventaja que la de ser antepuestos para el cobro de su legado a cualquier acreedor del heredero que con posterioridad adquiriera algún derecho sobre los bienes anotados⁸⁷.

4. SOLUCIONES GLOBALES DE LEGE LATA

Después de todo, aun renunciando a figuras como la reserva o la retroprioridad, no puede decirse que se haya dado la espalda a los objetivos a que con tales institutos se pretenden. En este punto, la pre-

quien el interprete no puede prescindir de la ubicación sistemática del 1218 CC y pretender que se refiera a un efecto de la escritura contra terceros, a pesar de que el protocolo notarial es secreto y de que las obligaciones y contratos, según el artículo 1257 CC, no pueden perjudicar a terceros (cfr. «El artículo 1218 del Código civil visto sin ampliación de su volumen y sin sacarlo de su contexto», en *Boletín del Colegio de Registradores de España* n.º 65 [1999], pp. 2130-2131).

⁸⁶ «Y no podía ser de otra manera, teniendo en cuenta que, para los inmuebles inscritos, la única posibilidad de afección u oponibilidad frente a terceros, es a través de la publicidad registral, que ha de diferenciarse claramente de la forma documental, con la que sólo tiene el parentesco de que la publicidad registral requiere la forma, pero la forma sin publicidad no tiene el control de legalidad registral, ni, en consecuencia, los requisitos y efectos del sistema, resumidos en los conocidos principios hipotecarios, que son los que resultan de la Ley Hipotecaria, a los que se remite en bloque el importantísimo artículo 608 CC» (GARCÍA GARCÍA, «El artículo...», cit., p. 2132).

⁸⁷ Advertido que esta postura sobre las anotaciones preventivas por legados distintos a los específicos no concuerda con la que siempre se ha mantenido, según la cual estos derechos serían una excepción a la presentación como momento concluyente de la prioridad, y tomarían rango desde la apertura de la sucesión. De compartirse esta última tesis, sí que se observaría un supuesto, excepcional, de retroprioridad, con efectos *mortis causa*, pero retroprioridad al fin y al cabo. Si, por el contrario, se sigue la ahora proporcionada, lo que tal regulación expondría podría denominarse, si se me permite la expresión, retropreferencia, ya que sólo jugaría en el ámbito de los privilegios

ocupación por alcanzar mayores niveles de seguridad en la contratación inmobiliaria con respecto a las bases positivas ha sido constante. Un buen ejemplo de esta inquietud quedó patente en la principal de nuestras ponencias presentadas al citado II Congreso Internacional de Derecho Registral, donde, después de rechazar el modelo argentino de reserva de prioridad y postular por la modificación legal que permitiera la inscripción del precontrato, se concluía por admitir, «de momento, como medios de paliar el problema planteado actualmente por la regulación del principio de prioridad en el Derecho español, los siguientes: 1) que pudiera solicitarse del Registro que, durante un plazo breve, comunicara a cualquier interesado y en el domicilio designado por él, las variaciones o alteraciones que sufriera *a posteriori* en cuanto a su situación registral una finca determinada, bastando para esa comunicación que fuera presentado algún título relativo a la misma, y 2) que el asiento de presentación pudiera extenderse en virtud de una simple notificación firmada y sellada por el Notario o funcionario autorizante de un documento registrable, expresiva de los datos necesarios para ello y remitida directamente por los mismos inmediatamente de otorgado el documento correspondiente»⁸⁸. Con ambas fórmulas se buscaba una mayor coordinación entre Notarios y Registradores, la cual respondiera, sin alteración de los principios sustantivos imperantes en la materia, y cuando menos transitoriamente, a la cuestión suscitada.

Pues bien, cuatro décadas después, cabe comprobar cómo aquellas propuestas han sido asumidas legislativamente en su integridad. La primera, por medio de la certificación con información continuada del artículo 354 RH. La segunda, a resultas de la reforma operada por el Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre.

Junto a estos instrumentos especialmente previstos a nivel normativo para limitar dentro de lo posible el fraude inmobiliario (doble venta, ocultación de cargas), la práctica negocial ha puesto de relieve la existencia de una serie de cláusulas, a cuyo través se trata de obligar al actual propietario a que preserve el *status* jurídico de la finca hasta la presentación registral de la escritura. En esencia, estas cláusulas atienden a la aparición de cargas o gravámenes distintos a los contemplados al contratar y, aunque no garantizan la prioridad esperada, otorgan a favor del adquirente o acreedor hipotecario la facultad, o de modificar el contenido del contrato, prescindiendo del plazo inicialmente fijado para su total cumplimiento, o de desligarse del vínculo.

⁸⁸ SEMINARIOS REGIONALES DE DERECHO HIPOTECARIO DE EXTREMADURA Y VALLADOLID-SALAMANCA, *ob. cit.* p. 64.

4.1. La información continuada previa solicitud

El llamado expediente de información continuada fue introducido por el Real Decreto 3503/1983, de 21 de diciembre, en el artículo 354 RH. A su tenor, el titular de cualquier derecho inscrito puede solicitar, con certificación previa o sin ella, que le sean comunicados a él mismo o a un tercero, los asientos de presentación que afecten a la finca durante los treinta días posteriores a su solicitud.

La petición en ningún momento condiciona la aplicación del principio de prioridad; ni supone el cierre del Registro a nuevos derechos, ni otorga un rango prevalente al que lo motivó. Únicamente se persigue facilitar información a quien más la necesita, el adquirente. Sin embargo, esta finalidad, implícita a la figura, se le escapa al legislador cuando justifica su introducción en el Preámbulo del Decreto citado. En esta sede, se percata exclusivamente de la «mayor comodidad» que tendrá para el destinatario de la publicidad registral por ella obtenida. En un error parecido cae ÁVILA ÁLVAREZ cuando mantiene la inutilidad práctica del artículo 354 RH, en la creencia de que sólo admite como destinatarios de la información las personas legitimadas para solicitarla, esto es, el titular del dominio o cualquier otro derecho inscrito, su cónyuge o sus legítimos representantes⁸⁹. Desde luego, si se comparte esta interpretación, las posibilidades prácticas del artículo 354 RH quedarían fuertemente reducidas. Atentos a la redacción del precepto, sin embargo, nada impide, como se apuntaba más arriba, que el destinatario sea el tercero que pretenda contratar con el titular⁹⁰.

4.2. La coordinación entre Notarios y Registradores

No obstante la puntual previsión de la certificación con información continuada, la apuesta más rotunda del legislador contra el fraude inmobiliario no se producirá hasta el Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, que modificó los artículos 175 y 249 RN e introdujo el artículo 418 e) RH. La reforma tuvo como único objetivo implantar

⁸⁹ Cfr. «La certificación con información continuada y la información continuada sin certificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 561 (1984), p. 266.

⁹⁰ En el mismo sentido, cfr. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, «Circunstancias generales de la protección del consumidor en materia de viviendas», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, I, Centro de Estudios Registrales-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993, pp. 154-155; MONTSERRAT VALERO, *Derecho inmobiliario registral*, Civitas, Madrid, 2000, p. 188.

un sistema de coordinación entre las Notarías y los Registros basado, por un lado, en la optimización de los cauces de información del contratante durante el tiempo inmediatamente anterior a la instrumentación del negocio y, por otro, en la agilización del acceso registral del negocio ya instrumentado. El texto se introducía con las siguientes palabras: «es indudable la conveniencia de que las escrituras públicas de enajenación o gravamen de bienes inmuebles reflejen la verdadera situación registral existente en el momento de otorgamiento de aquéllas y es también muy conveniente que, para ganar prioridad, sus copias se presenten en el Registro competente con la mayor celeridad. Cumplidos estos requisitos se evitará que, después de otorgado el documento, los adquirentes tengan conocimiento de que no coincide la titularidad del transmitente o que se ha ocultado la existencia de una carga vigente en el Registro».

Más tarde, el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, mejoró ambas medidas incorporando un nuevo artículo 354 a) al Reglamento Hipotecario y gran parte del contenido de la Orden del Ministerio de Justicia de 2 de agosto de 1993, que había sido dictada en desarrollo del de 1992⁹¹.

4.2.1. La certificación anterior a la escrituración y la información continuada preceptiva

En su redacción actual, el artículo 175 RN impone al Notario la obligación de solicitar al Registro de la Propiedad correspondiente, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de constitución de un derecho real sobre ellos, información acerca de su estado jurídico. De la regla se excluyen los actos de liberalidad, aquellos en los que participe como transmitente o constituyente una entidad pública y los demás en los que el adquirente del bien o beneficiario del derecho se declarara satisfecho por la información que ya tuviera⁹².

De los trámites posteriores a la recepción de la solicitud en el Registro se ocupa el artículo 354 a) RH. En principio, el Registrador remitirá la información en el plazo más breve posible y siempre den-

⁹¹ El carácter *ultra vires* de esta Orden era incuestionable, no sólo porque ampliaba en gran medida el alcance normativo del Decreto de 1992, sino porque, y esto era más grave, suspendía el mecanismo de coordinación hasta la entrada en vigor de la propia Orden.

⁹² No obstante, y para el caso de que el contratante estimara suficiente la información resultante del título, las afirmaciones del transmitente o le instara a prescindir de este trámite por lo pactado entre ellos, el Notario podría denegar su actuación inmediata cuando dudare de la urgencia alegada o de la exactitud de la información que dice poseer el adquirente.

tro de los tres días hábiles siguientes al de la entrada de la solicitud. Cuando el Notario hubiera pedido la información para un día concreto dentro de los quince inmediatamente posteriores, la enviará el día señalado.

Pero, sin duda, el punto más importante de la regulación, en cuanto al aseguramiento de las expectativas de quien esté interesado en contratar con el titular, consiste en el deber del Registrador de comunicar, durante los nueve días siguientes de remisión de la información, la circunstancia de haberse presentado en el Diario cualquier título que la alterara. De esta manera, se extiende por mandato legal el mecanismo de la información continuada, dando oportunidad a esa persona de retractarse respecto de la operación planteada.

4.2.2. El preaviso notarial

Según el artículo 249 RN, «el Notario remitirá el mismo día del otorgamiento, por telefax o por cualquier otro medio, al Registro de la Propiedad competente, comunicación, suscrita y sellada, de haber autorizado escritura susceptible de ser inscrita, que dará lugar al correspondiente asiento de presentación, y en la que constarán testimoniados en relación, al menos, los siguientes datos: a) La fecha de la escritura matriz y su número de protocolo. b) La identidad de los otorgantes y el concepto en que intervienen. c) El derecho a que se refiera el título que se pretenda inscribir. d) La reseña identificadora del inmueble».

El precepto parcialmente transcrito incorpora un medio verdaderamente eficaz contra el engaño en los trámites posteriores a la escrituración de un contrato. Con un sencillo expediente de notificación se evitan las carreras de las que hablaba HORE, pues a su través se anticipará la registración del negocio otorgado. Para ello, el artículo 418 RH establece como única condición que la copia auténtica de la escritura ingrese durante los diez días hábiles posteriores a la fecha del asiento de presentación de su respectiva comunicación. De no hacerse así, la prioridad se determinaría a partir de la presentación material del documento.

Se ha de decir que la figura descrita no es original del Derecho patrio. Así, el artículo 3016 del Código civil mexicano ya venía estableciendo el llamado aviso preventivo, en virtud del cual el Notario daba noticia del otorgamiento de un título inscribible dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. A su entrada en el Registro, el aviso causaría el correspondiente asiento de presentación, asiento cuya vigencia de noventa días permitiría a las partes inscribir sin prisas su

derecho⁹³. También en Argentina, y con el fin de evitar los peligros de la retroprioridad, cuando aun no se había regulado la certificación con reserva de prioridad, se proponía una medida parecida⁹⁴. Acertadamente, y sin perjuicio de que remitiera dentro del plazo legal para la inscripción el testimonio respectivo, algunos autores convenían en obligar al Escribano a que el mismo día de la constitución de la hipoteca pasara una breve minuta al encargado del Registro, a fin de que éste asentara una anotación preventiva en el Diario⁹⁵.

4.2.3. El empleo de las nuevas tecnologías

Los artículos 175 y 249 RN permiten que las comunicaciones en ellos establecidas se realicen por cualquier medio o procedimiento. En la actualidad, entre esos medios se ha de incluir el correo electrónico, el cual, por su operatividad práctica, está llamado a sustituir al fax en esa labor de canalización de la información entre Registradores y Notarios. Así lo advertía la Instrucción de 19 de octubre del 2000 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, al afirmar que su uso habría de introducir importantes dosis de seguridad «en aspectos tan relevantes como la garantía de procedencia y la integridad de los mensajes».

La generalización de la comunicación electrónica supone un último y decisivo paso en la informatización del Registro de la Propiedad,

⁹³ Téngase en cuenta que desde la reforma legal de 1973, el aviso preventivo convive en la práctica con un modelo de reserva de prioridad al estilo argentino. Sobre el juego combinado de ambas figuras, cfr. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho Registral*, Porrúa, México D. F., 1991, pp. 85 y ss.

⁹⁴ En Derecho argentino, la certificación con reserva de prioridad sólo comenzaría a regir en 1963; para la provincia de Buenos Aires, y cinco años más tarde, para el resto del país. Hasta ese momento lo único que se preveía era la prohibición al Notario de autorizar actos de transmisión o constitución, sin que tuviera a la vista un certificado reciente en el que se reflejara el estado registral de la finca. Sin embargo, ese certificado no haría que los efectos del título, una vez presentado, se retrotrajeran a la fecha de su expedición. En relación con los antecedentes de la legislación argentina en la materia, vid. GRECO, «Publicidad registral, reserva de prioridad. Ley Hipotecaria española de 1861 comparada con la Ley argentina de 1881», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, pp. 1175 y ss.

⁹⁵ Cfr. PRAYONES, DASSEN y LAQUIS, *Tratado de Derecho Hipotecario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 119. Más recientemente, CAMBIASSO advierte que para eludir los riesgos y sorpresas derivados de la retroprioridad «algunos sistemas han encontrado un instrumento que permite anticipar el momento a partir del cual comenzará a actuar la prioridad, sin necesidad de esperar a que llegue al Registro el título registrable o conferir efectos frente a terceros durante un período de clandestinidad. Por este instrumento se permite al titular registral anunciar registralmente el negocio en gestación, protegiéndolo de las inscripciones posteriores y al mismo tiempo evitar el perjuicio que puede ocasionar al tercero el período de clandestinidad que media entre el otorgamiento del acto y su inscripción» (*La reserva de prioridad. Ley 16871 de 28 de septiembre de 1997, s. e.*; Uruguay, 1999, p. 12).

proceso iniciado en la década de los ochenta por la Resolución de 31 de agosto de 1987, generalizado por el Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo, que modificara el Reglamento Hipotecario en materia de información, bases gráficas y presentación de documentos por telecopia, y acelerado durante el año 1999 por una doble circunstancia: de un lado, por las importantes medidas propuestas en la materia por el Colegio de Registradores a los Ministerios de Justicia y Economía⁹⁶; de otro, por la aprobación del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica, hoy ya sustituido por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre.

Como sabemos, la firma electrónica consiste en el mecanismo que vincula una serie de datos emitidos vía *internet* con su autor o autores. El concepto muestra el principal inconveniente de la figura: la falta de fiabilidad en cuanto a la identidad del emisor y el contenido e integridad de la información. De ahí que se habilite un dispositivo de control y seguridad alternativo. Es lo que se denomina firma electrónica avanzada, para cuya obtención resulta necesario contratar los servicios de certificación a cargo de una empresa especializada⁹⁷.

En el caso de Registradores y Notarios, es evidente, por la función por ellos desempeñada, que todas sus comunicaciones se han de suscribir de forma avanzada. Pero, al contrario de los particulares, que pueden contactar libremente con cualquier prestador acreditado al efecto, ambos tipos de funcionarios han de dirigirse a su respectiva corporación —Consejo General del Notariado, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España—, antes de recibir el servicio de autenticación que consideraran más adecuado.

⁹⁶ Estas medidas eran: 1º) la incorporación de todos los datos jurídicos y económicos inscritos o depositados en los Registros de la Propiedad y Mercantiles a bases informáticas para su acceso por vía telemática; 2º) la creación de un sistema de correo electrónico que permitiera a los particulares plantear consultas a los Registradores sobre cuestiones registrales; 3º) la digitalización de los planos topográficos y su incorporación a los Registros de la Propiedad para mejorar la identificación de las fincas y hacer más completa la información registral; 4º) el estudio para la sustitución de los libros registrales por soportes informáticos, sin anular el soporte de papel; 5º) la reproducción informatizada de todas las inscripciones en el Registro, como medio de agilización del procedimiento registral y como medida de seguridad de conservación del archivo; 6º) la progresiva modernización de las oficinas y homogeneización del equipamiento de las mismas; 7º) la potenciación del Centro de Proceso de Datos del Colegio de Registradores y de los Decanatos Autonómicos para una completa elaboración de estadísticas inmobiliarias y mercantiles; 8º) la coordinación del Registro con el planeamiento urbanístico para ofrecer a los que adquieran un inmueble una información lo más completa posible; 9º) la coordinación del Registro con la legislación medicambiental y la colaboración con las autoridades para ofrecer al comprador una información exhaustiva acerca de la situación ambiental de los bienes que adquiera.

⁹⁷ Más exactamente, se reputa avanzada «la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control» (art. 3.2 Ley 59/2003).

En cuanto al ámbito de la firma electrónica en el Registro de la Propiedad, al margen de las comunicaciones previas o posteriores a la instrumentación pública de actos y negocios registrables, la posición inicial de la Dirección General era más bien reticente. Mientras que en la Resolución en consulta de 12 de noviembre de 1999 y, luego, en la Resolución-Circular de 26 de abril de 2000 permitió su aprovechamiento con gran amplitud en lo que a la introducción de documentos y a la expedición de certificaciones y notas simples se refería, en la mencionada Instrucción de octubre de 2000 negó su utilización para cualquier otra actuación⁹⁸. Sin embargo, con esto último se contradecía directamente el tenor del artículo 332 RH, en la redacción que le dispensara el Real Decreto 1867/1998, al proclamar la plena libertad de los interesados en «consultar y comunicarse con el Registrador por cualquier medio, sea físico o telemático, siempre que se evite, mediante la ruptura del nexo de comunicación, la manipulación o televaciado del contenido del archivo».

Ante estas reticencias, el legislador intervino para ampliar el elenco de posibilidades que las nuevas tecnologías han de ofrecer a los particulares en relación con lo que él mismo ha denominado «seguridad jurídica preventiva». Lo habría de hacer a través de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que, entre otras cuestiones, modificó algunos de los preceptos de la Ley Hipotecaria en materia de publicidad formal. Con su promulgación, se despejó cualquier duda sobre el despacho de información y la entrada de documentos por correo electrónico, en todos los casos, y no sólo cuando haya sido solicitada o emitida notarialmente⁹⁹.

Específicamente sobre la presentación telemática de títulos, con la importancia que pudiera tener en relación a una rápida atribución de prioridad, el artículo 112 de la Ley 24/2001 —retocado por la Ley de acompañamiento del pasado año—, vino a establecer una serie de reglas de tipo precautorio¹⁰⁰. En este sentido, el Registrador debe comunicar, también por vía telemática, la práctica o denegación del asiento de presentación y la realización de la inscripción, anotación

⁹⁸ «En este momento se estima que la única faceta de la actividad de Notarios y Registradores en la que la firma electrónica puede tener una aplicación práctica es la relativa a la remisión de comunicaciones previstas en los artículos 175 y 249 del Reglamento Notarial».

⁹⁹ Lo cual se antojaría verdaderamente beneficiosa cuando se debiera notificar la llegada de cualquier título, a los efectos de cumplir con la información continuada del artículo 354 RH.

¹⁰⁰ Al respecto, la Resolución-Circular de 26 de abril del 2000 se inclinaba por la aplicación para estos casos del artículo 418.3 RH, sobre la recepción de documentos por correo, y del 419 RH, sobre la entrega de un recibo de la presentación.

preventiva, cancelación o nota marginal que corresponda. Practicado el asiento, el Notario hará constar en la matriz y en la copia que del título expida, la recepción de la comunicación y testimonio de su contenido.

4.3. Los medios negociales

Complementando las medidas previstas por el legislador, resulta posible, e incluso muy conveniente, que las partes dispongan de algún otro modo al respecto. Así, y como auténticas cláusulas de estilo, las escrituras de compraventa y, sobre todo, de préstamo con garantía hipotecaria suelen incorporar una serie de previsiones directamente encaminadas a proteger al adquirente o acreedor de una insospechada alteración en la situación registral respecto a aquella que le llevó a contratar. Entre esas cláusulas destacan: **a)** la de vencimiento anticipado por cargas y gravámenes preferentes; **b)** la de vencimiento anticipado por la no inscripción de la escritura; **c)** la condición resolutoria de la compraventa por la aparición de cargas desconocidas al tiempo de su conclusión; y **d)** la condición suspensiva de que se acredite la libertad de cargas o la inexistencia de cargas diferentes a las señaladas tanto en la hipoteca como en la venta.

Como nota común, todas estas estipulaciones servirían de defensa a quien contrate con el titular registral durante todo el tiempo que va desde el inicio de las negociaciones hasta la presentación en el Registro de su título. Ahora bien, no impedirán en ningún caso el fraude, sino que se pondrán en funcionamiento una vez éste se haya manifestado. En este sentido, cumplirían una función represiva y no preventiva. Por ello, son medios más costosos que cualquiera de las modalidades de reserva de prioridad conocidas en Derecho comparado. En algún caso, como en el de la condición suspensiva, llegan a dilatar enormemente el natural proceso de ejecución (perfección) del contrato, pues el dinero no ha de entregarse hasta la total comprobación del estado jurídico del inmueble.

4.3.1. La cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por cargas o gravámenes preferentes

En los modelos hipotecarios vigentes suele incluirse una estipulación específica de vencimiento anticipado para el crédito de acreditarse la existencia de cargas o gravámenes que, desconocidos en el momento de la escrituración o trabados con posterioridad, presenten un rango registral prioritario a la hipoteca. Con esta estipulación, el acreedor vendría a proteger sus expectativas de modo que si, al llegar

al Registro, se encontrara con un algún derecho ocupando el puesto esperado, quedara legitimado para instar la ejecución con carácter inmediato, y por el total del préstamo.

Sin profundizar mayormente en ellos, la Dirección General ha admitido estos pactos en sus Resoluciones de 6 de marzo y 26 de diciembre de 1990, 14 de enero de 1991, 24 de abril de 1992 y 17 de marzo de 1994. Concretamente, hallarían su fundamento en el artículo 1929.2º CC, no ya por suponer una disminución de la garantía posterior a su establecimiento, y, por tanto, subsumible en el ordinal tercero del artículo, sino más bien por la falta de otorgamiento en los estrictos términos pactados; no sería lo mismo conceder una hipoteca de primer grado que otra de segundo. A peor rango, mayores riesgos, y viceversa.

En relación con estas cláusulas, no obstante, conviene prestar especial atención a las palabras que se utilicen en cada caso. Esto ayudará a distinguirlas de aquellas otras similares permisivas del vencimiento del préstamo si apareciesen cargas no mencionadas en la escritura que fuesen preferentes a la hipoteca que se constituye. Según se observa, dentro de tan amplia dicción no entrarían tan sólo las inscritas con anterioridad, sino también las que lo hicieran más tarde y fueran de mejor condición en función de reglas distintas a las de la prioridad estrictamente hipotecaria. La doctrina ha discutido sobre su registrabilidad, debate que puede ayudar a su más correcta comprensión.

MONTÉS PENADÉS opina que estas últimas cláusulas deben tener acceso en cuanto el supuesto de hecho que materializan implica un deterioro evidente de la función de seguridad que la hipoteca cumple¹⁰¹. Como cargas preferentes señala ciertas contribuciones e impuestos (cfr. art. 194 LH), las primas o dividendos de los aseguradores (cfr. art. 196 LH), los créditos por gastos de la propiedad horizontal (cfr. art. 9 LPH) o las anotaciones preventivas de embargo por créditos salariales privilegiados (cfr. art. 32.1 ET).

En contra se han destacado GARCÍA GARCÍA y CABELLO DE LOS COBOS. A juicio del primero, estos pactos tendrían una eficacia meramente personal, no pudiendo inscribirse pues, en tal caso, vulnerarían el principio de prioridad, el cual exige atender al orden de presentación de los títulos en el Registro¹⁰². Además, como la hipoteca siempre genera, en calidad de derecho real, una afección fiscal,

¹⁰¹ Cfr. «Crédito y garantía en la hipoteca. Una reflexión sobre las ideas de J. M. Rey Portolés», en *Libro-Homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pp. 711 y ss.

¹⁰² Cfr. «Un problema de hipoteca: unas cláusulas de vencimiento anticipado y de interés variable no inscribibles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 582 (1987), p. 1539.

preferente a ella misma, la admisión de tal estipulación supondría dejar, desde un inicio, y en manos del acreedor, la ejecución del contrato¹⁰³. Por su parte, CABELLO DE LOS COBOS estima que estas cláusulas provocarían una gran inseguridad en el deudor y en el tercero, sobre todo cuando la preferencia quedara determinada extraregistradamente (*sic* anotaciones de embargo, gastos de propiedad horizontal, hipotecas legales tácitas, etc.)¹⁰⁴.

En una posición intermedia, ÁVILA NAVARRO admite su inscripción en el entendimiento de que sólo comprenderían las cargas o derechos preferentes ingresados antes de la hipoteca, independientemente de que se hubieran otorgado antes o después, con o sin la voluntad del deudor¹⁰⁵. La naturaleza del pacto no conduciría, por tanto, a su consideración como prohibición de enajenar sino como una condición resolutoria (*conditio causa data causa non secuta*), basada en el importante papel que el rango prometido desempeñó en la formación de la voluntad del acreedor¹⁰⁶.

¿Cuál de estas opiniones es la mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado? La Dirección parece inclinarse por la primera de ellas, según demuestran sus Resoluciones de 23 de octubre de 1987, 28, 29 y 30 de enero y 2 de febrero de 1998. En todas, autorizó la inscripción de este tipo de estipulaciones con apoyo en el artículo 1129.3º CC, al juzgar que por su establecimiento se habría buscado dar rápida respuesta a eventuales quebrantos en la garantía. Incluso extendió la posibilidad, de convenirse expresamente, a las cláusulas sobre cualesquiera otros derechos anteriores o posteriores, inscritos o no, que por no estar sometidos al principio de purga, y por tanto hubieran de sobrevivir a una eventual ejecución, disminuyeran gravemente el valor de la finca (*v. gr.* arrendamientos)¹⁰⁷.

¹⁰³ Cfr. GARCÍA GARCÍA, «Un problema...», cit., p. 1539.

¹⁰⁴ Cfr. «Calificación registral de los préstamos hipotecarios (bases para la fijación de un criterio unitario)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 589 (1988), p. 1813.

¹⁰⁵ Cfr. *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, p. 150. Ya GARCÍA GARCÍA (cfr. «Un problema...», cit., p. 1539) había dicho que la única justificación del pacto era para el período intermedio entre otorgamiento de la escritura y su inscripción. Sin embargo, por la incertidumbre que una redacción tan ambigua provocaría sobre los titulares de derechos posteriores, descartaba en todo caso su inscripción.

¹⁰⁶ Cfr. ÁVILA NAVARRO, ob. cit., p. 150. Para salvar el inconveniente de la nota de afección fiscal producida por la propia hipoteca que se inscribe, este autor propone la adopción en la escritura de una somera referencia por la que se excluya, así como la correspondiente al título de adquisición del hipotecante, cuando éste se hubiera formalizado en el mismo acto o en el inmediato anterior (cfr. ÁVILA NAVARRO, ob. cit., p. 153). Evidentemente, esta solución, por demás lógica, es de igual utilidad con respecto a las cláusulas por cargas o gravámenes de rango prioritario ya vistas.

¹⁰⁷ Las Resoluciones de 28, 29, 30 de enero y 2 de febrero de 1998 se refieren concretamente a los arrendamientos estipulados sin cláusula de estabilización o que, conteniendo-

Concluyendo, la cláusula de vencimiento anticipado por cargas con rango prioritario y la homónima por cargas preferentes tienen distinto ámbito de aplicación y fundamento. Aquella procuraría el respeto a la buena fe durante los trámites previos a la inscripción; ésta iría más lejos, cubriendo no sólo esa fase sino también la posterior en lo que se refiere a los derechos con un título extrarregistral de privilegio. De más está decir por cuál se inclinaría el acreedor en la práctica. Ahora bien, la admisión de las cláusulas de vencimiento anticipado por cargas o gravámenes «preferentes» en ningún caso puede alterar los criterios básicos que definen al principio de prioridad. Es decir, la ejecución que se derive de su aplicación nunca podrá afectar a quienes, con la inscripción anterior de su derecho, provocaron, siquiera mediatamente, su despacho. A tal efecto, sería necesario que se declarase judicialmente la condición preferente que el ejecutante ostente sobre ellos.

4.3.2. *El vencimiento anticipado por la falta de inscripción de la hipoteca*

También se observa en casi todas las escrituras de hipoteca una cláusula residual que advierte sobre el vencimiento del plazo si la garantía no llega o logra inscribirse. Más claramente que en el supuesto de vencimiento anticipado de un préstamo por aparecer cargas con rango prioritario, esta causa de resolución entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 1129.2º CC, pues aquí la garantía no ha podido establecerse. Para lo que aquí preocupa, el pacto cumpliría idéntica función en relación con los supuestos de cierre registral que aquél respecto a los de superioridad de rango o afección. La razón de ser de ambos sería idéntica: la obligación negativa que tiene el concedente de no impedir la inscripción y no disminuir anticipadamente el valor de la garantía. Esta obligación no sólo consistiría en no destruir o deteriorar la finca, sino también en no enajenarla y no constituir derechos reales limitados a favor de terceros.

4.3.3. *La resolución de la compraventa por cargas o gravámenes desconocidos*

Reproduciendo un mecanismo ciertamente similar al del vencimiento anticipado por cargas preferentes para la hipoteca, las partes

la, la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resultara de sumar al interés legal del dinero un 50 por 100 más, no cubriera la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta (cfr. art. 219 RH). Sobre esta excepción a la no inscribibilidad de los pactos de prohibición de arrendar, véase también la Resolución de 27 de enero de 1986.

en la compraventa de un bien inmueble pueden prever que la constancia registral de derechos distintos a los mencionados en el apartado de cargas de la escritura, suponga la resolución del contrato. Si así sucediera, la venta devendría ineficaz, habilitando a la readquisición del dominio por parte del vendedor y la consiguiente devolución de las cantidades entregadas. Con la inscripción de este pacto, por una parte, se haría oponible a terceros la general facultad resolutoria por incumplimiento del artículo 1124 CC y, por otra, se ampliaría su ejercicio para cuando se inscribieran derechos contra el primitivo propietario en el tiempo que va desde la celebración del contrato hasta su inscripción (por ejemplo, una anotación de embargo).

Al respecto resulta sumamente interesante la Sentencia de 30 de junio de 1999, donde el Supremo no habría considerado cargas y gravámenes a los efectos del ejercicio resolutorio meras imperfecciones como, por ejemplo, la diferencias entre la superficie de la finca expresada y la que materialmente se entregó. No obstante, lo más importante del fallo no fue sino la corrección que se intuye en la aplicación de la condición cuando su titular, el comprador, no hubiera adoptado la diligencia mínima de acudir al Registro; en el caso, la venta se había instrumentado por documento privado. Sin embargo, no creo que tal criterio pueda imponerse a supuestos distintos del de simples errores, en los que el vendedor haya actuado con descarada mala fe (venta como libre de cosa gravada)¹⁰⁹.

4.3.4. *La condición suspensiva de no existir cargas preferentes*

Según se manifestara, uno de los pretextos aducidos para no implantar a principios del siglo pasado el certificado con reserva de prioridad atendió a la posibilidad de no entregar el dinero hasta la debida acreditación de que la finca estaba exenta de cargas o no tenía más que las reseñadas en el título. Pues bien, esta fórmula alternativa, denominada gráficamente por algún autor como de «vía libre» registral¹⁰⁹, sigue gozando aún hoy en día de la misma aceptación social de aquel entonces¹¹⁰.

De suyo, el pacto resulta aplicable tanto a ventas como a préstamos. Sin embargo, es con respecto a estos últimos donde más problemas plantea. En este sentido, comentaba SANZ que someter un préstamo a condición suspensiva congeniaba mal con su naturaleza de

¹⁰⁹ «No puede ampararse en la publicidad registral quien la oculta engañando a la otra parte», se dice cabalmente en la Sentencia de 21 de mayo de 1993.

¹¹⁰ Cfr. HORE, *ob. cit.*, p. 284.

¹¹¹ SANZ nos explica que también fue tenida en cuenta para no adoptar el *bloqueo registral* en la reforma hipotecaria de 1944 (cfr. *Comentarios...*, cit., p. 147).

LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR Y EMPRESARIAL EN EL DERECHO SUCESORIO. LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE MEJORAR DEL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL

POR

ANA I. BERROCAL LANZAROT

DOCTORA EN DERECHO. PROFESORA DE DERECHO CIVIL. U.C.M.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. ANTECEDENTES. 3. FUNDAMENTO. 4. NATURALEZA. 5. EL ARTÍCULO 831 COMO EXCEPCIÓN AL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL. 6. PRESUPUESTOS. 7. RÉGIMEN JURÍDICO. 7.1. Elementos personales. 7.2. Las facultades del cónyuge viudo. Contenido y extensión. 7.3. Elementos formales. Ejecución de la delegación. 7.3.1. Forma de ejercicio de la delegación por el cónyuge viudo. 7.3.2. Forma de ordenarse la facultad conferida o delegada. 8. LÍMITES DE LA DELEGACIÓN. 8.1. Legítimas, mejoras y demás disposiciones del causante a favor de los descendientes comunes. 8.2. Legítimas y disposiciones del causante a favor de los descendientes no comunes. 9. PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA DELEGACIÓN. 10. LA SITUACIÓN DE LA HERENCIA HASTA EL CUMPLIMIENTO DE LA COMISIÓN O ENCARGO POR EL CÓNYUGE SUPERVIVIENTE O PAREJA DE HECHO SOBREVIVIENTE. PERÍODO DE PENDENCIA. 10.1. La administración de la herencia «vacante». 10.2. La disposición de los bienes durante la situación de dependencia. 11. EXTINCIÓN DE LA DELEGACIÓN. CAUSAS. 12. LA CONEXIÓN DEL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS DEL DERECHO SUCESORIO. 12.1. El artículo 831 del Código Civil y la adjudicación de la empresa o explotación familiar del párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil. 12.2. El otorgamiento de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil sometida a una carga modal. 13. CONCLUSIÓN.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad¹, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 49 de la Constitución Española, tiene por objeto potenciar la protección patrimonial de las personas con discapacidad, ofreciendo para ello una serie de nuevos instrumentos jurídicos que la posibiliten. Algunos se mueven en el campo contractual, persiguiendo la satisfacción de necesidades a través de la realización de contratos; otros se relacionan directamente con las vicisitudes o evolución de la capacidad del sujeto sobre todo ante enfermedades neurodegenerativas, —que afectan

¹ BOE, núm. 277, 19 de noviembre de 2003, pp. 40852 a 40863.

preferentemente al sector de la tercera edad—, que le harán perder paulatinamente su capacidad y, que van a permitir al interesado diseñar anticipadamente su modelo de tutela integral tanto para su esfera personal como patrimonial. Si bien, en todos ellos subyace la potenciación del recurso a la autonomía de la voluntad como el medio ideal para el tratamiento de las relaciones familiares.

Sobre tales bases, esta Ley crea una nueva institución el patrimonio especialmente protegido, como medio privado de protección de las personas con discapacidad, sean o no incapacitadas judicialmente, inmediata y directamente vinculada como tal masa patrimonial a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad. Se trata de un patrimonio que no tiene personalidad jurídica propia, separado del patrimonio personal de su titular-beneficiario y sometido a un régimen de administración y supervisión específico, a la par que se haya especialmente beneficiado por la normativa tributaria. Forman el patrimonio los bienes y derechos del propio discapacitado-beneficiario como las aportaciones que al momento de constituirse o con posterioridad sean realizadas por terceros a título gratuito y no sometidas a término. Se trata, en fin, de un patrimonio de destino en cuanto las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

Aparte de este instrumento de protección patrimonial que constituye el patrimonio protegido, esta Ley incorpora, además, como contenido de la misma distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan igualmente, de mejorar la protección patrimonial de estas personas, aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de sus necesidades, o que en general, pretenden mejorar el tratamiento jurídico de estas personas, posibilitándoles en el margen de autonomía que la norma permite, autorregular sus propios intereses para el futuro cuando no puedan tomar decisiones por sí mismas, ante la falta de capacidad. De entre ellas, hay que destacar en primer lugar, la regulación de la autotutela, con la consiguiente modificación del artículo 223 del Código Civil al que se incorpora un apartado con el siguiente contenido: *«asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor»*; del párrafo 1 del artículo 234 del mismo Cuerpo Legal referido al nombramiento del tutor, donde se preferirá *«1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223»*; y, del artículo 239 también del Código civil al que se le añade un nuevo párrafo, donde se establece un llamamiento a las entidades

públicas encargadas de la tutela, para la asistencia material y personal de los incapacitados.

Por su parte, en relación con esta materia, el artículo 14 de esta LPPD, prevé una modificación del apartado 1 del artículo 757 la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, orientada a permitir que la declaración de incapacidad pueda promoverla el presunto incapaz.

Y, como complemento de esta regulación de la autotutela, tiene lugar precisamente la reforma del artículo 1732, al establecer que, pese a que una de las causas por las que se extingue el mandato, el poder, es la incapacidad sobrevinida del mandante, es decir, de quien otorga tal poder, éste se puede mantener vigente, pese a la incapacidad de aquél, si en el contenido del mismo se hubiera dispuesto expresamente su continuación; o el mandato, —poder—, se hubiera dado precisamente para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos dos casos citados, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor. Se conoce en la doctrina como apoderamiento o mandato preventivo, aunque el legislador no le haya otorgado ninguna denominación, ni fijado su régimen jurídico.

Se crea, asimismo, un nuevo capítulo II dentro del Título XII, del Libro IV del Código Civil, bajo la rúbrica «Del contrato de alimentos» que engloba los artículos 1791 a 1797, que como indica la Exposición de Motivos de la Ley, *«amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista»*. Y ello se ve claramente por cuanto el contrato de alimentos, por un lado, supone, esencialmente, procurar al alimentista una prestación compleja de dar y hacer, plenamente diferenciado de la renta vitalicia, y, por otro, procura las atenciones, teniendo presente las actuales circunstancias del alimentista, por lo que es variable en la prestación.

Y, finalmente, se introducen distintas modificaciones de nuevo en el articulado del Código Civil, si bien enmarcadas en el campo del derecho sucesorio. Así se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida (artículo 756 apartado 7º), entendiéndose por tales los alimentos regulados en el Título VI del Libro I del Código Civil; se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero solo si

con ello beneficia a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado (artículos 782, 808 y 813); se reforma el artículo 822 del citado cuerpo legal dando una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad proporcionándole, por un lado, un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto de derecho de habitación; y por otro, concediendo al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal de derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante; se reforma el artículo 831 del mencionado Código Civil que regula la «delegación de la facultad de mejorar» tal como lo califica la doctrina²; y, por último, se introduce un nuevo párrafo al artículo 1041 de tal cuerpo legal, a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad.

Aunque la importancia de la reforma exige un análisis en profundidad de la misma, el presente estudio se va a centrar exclusivamente en el análisis del artículo 831 del Código Civil y sus implicaciones en la protección del patrimonio familiar y empresarial. Para ello estructuraremos nuestro trabajo, fijando en primer lugar los antecedentes legislativos del citado precepto; para a continuación proceder a determinar el fundamento y naturaleza de esta institución; los presupuestos para su aplicación; su régimen jurídico, concretando para ello los elementos personales, reales y formales que lo conforman; en tercer lugar, haremos referencia a los límites que se imponen a la facultad delegada; para finalizar con una referencia necesaria al plazo exigido para ejercer tal facultad; a la situación de la herencia en el periodo de pendencia que tiene lugar hasta que se haga efectivo el cumplimiento de la comisión o encargo por parte del cónyuge superviviente o pareja de hecho sobreviviente; y, a la conexión del artículo 831 con otras figuras de Derecho sucesorio.

Se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley que se reforma el artículo 831 del Código Civil «con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge superviviente amplias

² En los Manuales clásicos de Derecho civil es comentado, precisamente, bajo el epígrafe de la «Delegación de la facultad de mejorar». Vid., DIEZ-PICAZO L., y GULLÓN BALLESTEROS A., *Sistemas de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 434; LACRUZ BERDEJO L., et al., *Elementos de Derecho Civil, T. V Sucesiones*, 2ª edición revisada y puesta al día por JOAQUÍN RAMS ALBESA, DYKINSON, Madrid 2004, p. 353.

facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí»³.

Se trata simplemente de una protección patrimonial indirecta que puede ser utilizada por cualquier pareja esté o no casada, y tenga o no algún hijo o descendiente común discapacitado, pues, tal institución puede valer tanto para proteger al hijo o descendiente común que se encuentre en esa situación, como para el que lo esté⁴.

2. ANTECEDENTES

Aunque la mayoría de la doctrina coincide en señalar que el origen del citado precepto se encuentra en el artículo 663 del Proyecto de Código Civil de 1851 que dispone: «Sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, puede el viudo o viuda que no ha repetido matrimonio, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto, y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de sus legítimas y de las mejoras hechas en vida del difunto»; no faltan autores que ven como precedente remoto del artículo 831, las Leyes de Toro, principios del siglo XVI, más en concreto el contenido que ofrece la Ley XXXI de Toro⁵ en la que se establece la posibilidad de delegar en otro la facultad de asignar materialmente los bienes, con tal que los poderes conferidos a un tercero resulten claros y terminantemente especificados. La iniciativa es del padre de familia, y el mandatario no es más que un simple agente de

³ Apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley.

⁴ El artículo 2 de la Ley señala que «2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento; b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. 3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme».

No existe equiparación entre personas con discapacidad e incapacitado.

Se entiende por incapacitado, a quien se declara como tal por la correspondiente sentencia judicial en virtud las causas establecidas en el artículo 200 del Código Civil. Son causas de incapacitación como precisa tal precepto, las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impide a la persona gobernarse por sí mismo.

⁵ DE LACOSTE J., *La mejora, obra traducida de la edición francesa por LUIS GARCÍA GUIJARRO*, REUS, Madrid 1913, p. 242.

ejecución⁶. Esta doctrina pasa a la Nueva Recopilación (Ley XIII, Título IV, Libro V) y después a la Novísima (Ley VIII, Título XIX, Libro X, y Ley I del mismo Título y Libro) que recogen el contenido de las Leyes de Toro hasta la publicación del Código Civil. El Proyecto de Código Civil de 1836 contempla el poder por el cual puede delegarse la facultad de testar (artículos 2229—2237). En él se entiende de nuevo, que el que concede el poder para testar muere testado: el artículo 2231 llama testador al poderdante; y el artículo 2232 recurre a la doble sucesión testada e intestada, cuando no quepa la institución por medio de poder. Al tiempo se prevé que el comisario no use del poder en determinado plazo, para el caso de que se defiera la sucesión por ley, con lo que de forma indirecta el apoderado puede elegir entre aquél designado por el testador o el llamado por ley. Pero no se hace referencia expresa a la posibilidad de delegar la facultad de mejorar, que no tiene en absoluto nada que ver con el testamento por comisario⁷. De ahí que resulte claro y no quepa duda que el precedente del artículo 831 reside en la regulación del artículo 663, que se introduce a fin de mantener y difundir con ello las posibilidades semejantes a las concedidas en los derechos forales, que tendían a su inminente desaparición. Se entendió que, salvando esta institución, precisamente, de su desaparición se extenderían sus «felices resultados» a los territorios de Castilla⁸. Al respecto señalaba García Goyena al comentar el citado artículo 663, que «En casi todos los contratos o capitulaciones matrimoniales de las Provincias de los Fueros solía ponerse una cláusula autorizando al cónyuge superviviente, en el caso de haber muerto su consorte, para que pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaren de aquel matrimonio, dando a unos más que a otros. Esta facultad era de suma importancia atendida la legislación foral, por la que venía ser nominal la legítima de los hijos (...). Por estas consideraciones se ha consignado en el artícu-

⁶ Señala, no obstante, ANNO ELFGEN «La mejora en el vigente derecho español», *Revista de Derecho Notarial*, año XVI, núm. LXIII, Enero-Marzo 1969, pp. 19-20, que el testamento por comisario existió en tiempo del Fuero Real (Ley 6, Título 5, Libro III); es por lo que se puede suponer que entonces la ordenación de la mejora podía transmitirse a un tercero. Esta posibilidad, no obstante, quedó considerablemente limitada en las Leyes de Toro.

⁷ *Vid.*, un desarrollo más amplio, BERMEJO PUMAR M^a MERCEDES, El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de mejoras sucesorias (La mejora a favor del cónyuge). Colegios Notariales de España, Madrid 2001, pp. 22-24.

Dispone al respecto, el artículo 2231 del Proyecto que «el Comisario no tendrá más facultades que las concedidas en el poder otorgado al efecto por el testador, debiendo éste designar las personas en quienes hubiere de recaer la institución o sustitución de herederos, exheredación, mejoras y nombramiento de tutor».

⁸ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., «El artículo 831 del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, T. LVIII, Fasc. III, Julio-Septiembre 2005, p. 1117.

lo la loable costumbre de las provincias de los Fueros, esperando que se generalizaran los mismos felices resultados»⁹.

Sin dejar de mencionar, la Compilación de Derecho Civil de Navarro Amandi de 1880, que admitía la posibilidad de testar por apoderado¹⁰. Con posterioridad al Proyecto de 1851, el artículo 816 del Anteproyecto de 1882-1888 tiene el mismo contenido que el correspondiente al citado artículo 663, si bien, con unas mínimas variaciones en su contenido. Así, en lugar de «sin embargo de» se emplea el término «no obstante»; igualmente, en lugar de «ha» se utiliza otro tiempo verbal «haya»; y finalmente, se usa la palabra «difunto», en lugar de «finado».

Llegamos a la redacción originaria del artículo 831 en el Código Civil de 1889 cuyo contenido rezaba así: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado».

La facultad conferida al/a la viudo/a por su difunto consorte se extendía a distribuir los bienes del difunto a su prudente arbitrio y mejorar en ellos a los hijos comunes, con respecto a las legítimas y mejoras hechas en vida por el finado. Dicha facultad solo se confería para el supuesto de morir intestado el cónyuge concedente de la facultad, e, igualmente, solo podía realizarse en capitulaciones matrimoniales, que deberían otorgarse antes del matrimonio; de forma que la concesión de la facultad quedaba condicionada a que el matrimonio tuviera lugar. Se pretendía con la concesión de tal facultad evitar la distribución igualitaria de la herencia en el llamamiento legal, mediante un pacto sucesorio prenupcial entre los futuros cónyuges. No se señalaba plazo para el ejercicio de la facultad conferida. La doctrina, a falta de la indicación de uno específico en capitulaciones matrimoniales, optaba por aplicar las disposiciones del albacerazgo, bien directamente, o bien por considerar al viudo/a como contador-

⁹ GARCÍA GOYENA F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Editorial Base, Barcelona 1973, p. 107.

¹⁰ Del artículo 974 de la citada Compilación que disponía que «la facultad de mejorar no puede cometerse a otro», deducía NAVARRO AMANDI, que pese a no poderse encomendar la facultad de mejorar a otra persona, si era posible, sin embargo, la elección del mejorado. *Vid.*, NAVARRO AMANDI M., *Código Civil de España. Compilación metódica de la doctrina en nuestras Leyes civiles vigentes con expresión de sus orígenes, jurisprudencia del Tribunal Supremo, concordancias con los principales códigos de otros pueblos y comentarios*, con la colaboración de ilustrados, jurisperitos y un prólogo del Excmo. Sr. D. EUGENIO MONTERO RIOS, Administración 1880, p. 498.

partidor, al que igualmente le resultaban de aplicación aquellas normas¹¹. Otros discrepaban de tal opción por considerar poco plazo el de un año del artículo 904 a contar desde el fallecimiento del consorte que premuere, prorrogable un año más, para fundamentar la excepcional facultad de que se inviste el cónyuge superviviente¹².

No obstante, tuvo poca aplicación práctica la citada facultad, entre otros motivos se señaló que el poco éxito del artículo 831 se debía a que sólo podía concederse en capitulaciones matrimoniales, antes de contraer matrimonio (antiguo artículo 1321), y en los territorios de derecho común no existía costumbre de hacer capitulaciones matrimoniales y de tomar decisiones de este tipo¹³; pero además, se indicaba que la exigencia para el supuesto, de la necesidad de morir intestado hacían aún más difícil la aplicación del mencionado precepto.

Con la reforma por Ley de 2 de mayo de 1975 se permite otorgar capitulaciones también después del matrimonio (artículo 1326 del Código Civil), lo que hace posible dejar sin efecto la facultad de mejorar conferida al otro cónyuge en capitulaciones previas, siguiendo la forma prevista en el artículo 1331 del Código Civil, que exige el concurso y asistencia de los otorgantes, sin que fuera posible la revocación unilateral, y, en cierta forma posibilita que, se despierte de su letargo al artículo 831; si bien, tal posibilidad no adquiere la dimensión deseada, pues la realidad de los despachos notariales pone de manifiesto que de nuevo tal precepto no tiene aplicación práctica alguna, dando razón para tal fenómeno que las capitulaciones matrimoniales otorgadas después del matrimonio, por lo general se hacían en situaciones poco propicias para la concesión de la facultad¹⁴.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación del Código Civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del

¹¹ MANRESA Y NAVARRO J.M., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, T. VI, vol. I, 8ª ed., revisada y puesta al día por LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA, REUS, Madrid 1973, p. 835, la ley no dice plazo, pero es este punto, si nada se estableció en capitulaciones, debe considerarse el cónyuge viudo como un contador especial, nombrado por el causante para verificar la partición, resultan aplicables los artículos 904 y 905 del Código Civil; VALVERDE Y VALVERDE C., *Tratado de Derecho Civil español, T. V. Parte especial. Derecho de sucesión «Mortis causa»*, 2ª ed., Valladolid 1921, p. 278, manifiesta, asimismo que, siendo el cónyuge viudo un comisario, aunque la ley no le da plazo, parece lógico que si no se le concedió en capitulaciones se le dé el que se otorga a los contadores partidores; e igualmente, en esta línea, SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho Civil, T. VI, vol. 2. Derecho de sucesiones «mortis causa»*, Madrid 1910, p. 1222.

¹² Alpañes E., «La delegación de la facultad de mejorar», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CI, T. XXVI, 1953, p. 323.

¹³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., «El artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1118.

¹⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., «El artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1118; RIVAS MARTÍNEZ J.J., *Derecho de sucesiones. Común y foral, T. II, vol. I*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, p. 483.

matrimonio, aunque tiene por objeto fundamental la igualdad de los hijos ante la ley, sin ninguna distinción por razón de su filiación en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución española de 1978, lleva a cabo, aunque no aluda a ello en el título de la misma, la reforma de algunos preceptos en materia sucesoria, entre ellos el artículo 831 que es objeto de nuestro estudio, posibilitando ahora que la delegación de la facultad de mejorar pueda otorgarse no sólo en capitulaciones matrimoniales, sino también en testamento. De forma que, podrá ser utilizado tanto en la sucesión testada como en la intestada, suprimiéndose con ello que la facultad del viudo/a que no ha contraído nuevas nupcias, de distribuir a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, esté condicionado a que el cónyuge otorgante muera intestado. Y posibilitando ahora la concesión unilateral de la facultad y por tanto, revocable, pues, no sólo la delegación, conferida en capitulaciones, podía dejarse sin efecto, si el delegante disponía efectivamente de la mejora en testamento posterior; sino también, por supuesto, si la delegación había sido concedida desde el primer momento en testamento, no habría obstáculo para su posterior revocación mediante la concesión de uno nuevo, en el que, o bien se la deja sin efecto de manera expresa, o bien implícitamente el testador hace uso de manera efectiva de la facultad de mejorar. Además, se establece un plazo, a falta del señalado por el otorgante, quedando fijado el mismo en un año desde la apertura de la sucesión, o en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes¹⁵.

La última modificación que sufre el citado precepto es la que tiene lugar con la mencionada Ley 41/2003. Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados no hubo enmiendas relativas al artículo 831; sin embargo, en el Senado se opuso una única enmienda, la número cuatro por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés que proponía su supresión¹⁶. La

¹⁵ Literalmente dispone el precepto redactado por la Ley 11/1981: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante.

Si no se hubiere señalado plazo, el viudo o la viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes».

¹⁶ La justificación a tal enmienda se basa en los siguientes argumentos: «La reforma que se propone del artículo 831 del Código Civil, nada tiene que ver con la finalidad del Proyecto y comporta una reforma de gran calado en el derecho sucesorio. Una lectura de la exposición de motivos no nos permite vislumbrar la finalidad de esta modificación y, si, en cambio, deducir que esta parte no ha sido sometida a la Comisión de Codificación, ya que en estos preceptos omite la referencia a dicha Comisión que realiza en otros preceptos que sí están vinculados con la finalidad del Proyecto». *BOCG, Senado, Serie II*, 13 de octubre de 2003, núm. 152, p. 24.

actual redacción, por tanto, es la misma que la del inicial Proyecto de Ley¹⁷, e introduce importantes novedades, que analizaremos a lo largo de nuestra exposición¹⁸.

De la aplicación práctica de este precepto tras la última reforma citada habrá que esperar, pero adelantamos un importante desarrollo, si pensamos en la dimensión que está adquiriendo la empresa familiar y la sucesión en la misma.

Ahora bien, para finalizar este epígrafe hemos de poner de manifiesto que, desde siempre y, pese a las tres reformas experimentadas en su contenido, ha sido una constante en la doctrina señalar por un lado, el carácter de disposición «anómala, y extraña» del artículo 831,

¹⁷ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, 6 de junio de 2003, núm. 154-1, pp. 1 a 14.

¹⁸ Queda redactado en la actualidad en los siguientes términos: «1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendientes favorecidos, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.

2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.

3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de éstos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando todas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo haya sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejerce las facultades.

4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterarán el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por todas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.

Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge superviviente hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge podrá menoscabar la parte del preterido.

5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiese pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí».

—de «cuerpo extraño» introducido en el Código Civil se le califica—, que como tal debe ser objeto de interpretación restrictiva y excepcional; y, por otro, destacar su analogía con las instituciones forales —de las que en palabras de García Goyena ya citadas se tomó el artículo 663— así, en Aragón con la fiducia sucesoria para ordenar la sucesión del cónyuge premuerto (artículos 124 a 148 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero de Sucesión por Causa de muerte); en Baleares con el «distribuidor» (artículos 18 y siguientes del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears); en Cataluña, con la facultad de designar y distribuir conferida al cónyuge superviviente «el cónyuge instituye heredero al descendiente que su consorte sobreviviente elija entre los hijos comunes y sus descendientes, aunque viva su ascendiente o instituirles en las partes iguales o desiguales que el cónyuge sobreviviente estime conveniente» (artículo 148 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña); en Navarra, con la fiducia sucesoria (Ley 151) y con los fiduciarios-comisarios a los que hacen referencia las Leyes 281 a 288 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra; en Vizcaya, con el testamento por comisario (artículos 32 a 48); y en Guipúzcoa con la ordenación por comisario (artículos 64 a 171 todos ellos de la Ley 3/1992, de 1 de julio del Derecho Civil Foral del País Vasco)¹⁹.

El origen del artículo 663 está, pues, en los derechos forales, y no en las Leyes de Toro, como se apuntó por algún autor. Señala RIVAS MARTÍNEZ que la redacción del nuevo artículo 831 nos recuerda a la figura de la fiducia aragonesa²⁰.

Este acercamiento de la base de la regulación del artículo 831 a los derechos forales ha determinado en algunos autores la posibilidad de resolver los problemas que las lagunas, oscuridades o insuficiencias del precepto puedan provocar, interpretando o, en su caso, integrando el mismo, mediante la inducción de los principios generales que se extraen de los que sirven de fundamento a tales instituciones forales²¹. Sin embargo, no faltan quienes ponen el acento en que estamos ante

¹⁹ VALLET DE GOYTISOLO J., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por MANUEL ALBALADEJO*, T. XI, 2ª ed., revisada y aumentada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1982, p. 406.

²⁰ RIVAS MARTÍNEZ J.J., *Derecho de sucesiones*, op. cit., p. 486. Igualmente, LACRUZ BERDEJO J.L., et al., *Elementos de Derecho Civil*, T. V Sucesiones, 2ª edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, DYKINSON, Madrid, 2004, p. 354.

²¹ GARRIDO DE PALMA V.M., «Visión notarial del artículo 831 del Código Civil» en *Libro Homenaje a RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE*, Vol. III, Madrid 1977, pp. 373-374.

una figura autónoma, —aunque sea inequívoca su inspiración foralista—, que no constituye una reproducción de los sistemas que le sirvieron de precedentes, cuya afinidad con éstos se destaca más por los fines y resultados pretendidos que por las fórmulas jurídicas concretas de realizarlos. La distonía del artículo 831 del Código Civil respecto a las figuras correspondientes del Derecho Foral, tanto en el aspecto institucional como operativo, produce la fundamental consecuencia de impedir o limitar la interpretación analógica de las soluciones de aquéllas a los problemas planteados por el precepto de Derecho común²².

Realmente, en las palabras acertadas de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA «lo que cabe es acudir a los preceptos concretos de Derecho Foral o especiales, para tomar «ideas» que pueden ayudarnos a resolver lagunas, pero no a los «principios generales» que inspiran tales preceptos, entre otras razones porque tales principios no son idénticos para todos ellos, por lo que tendríamos que decantarnos por alguno, lo que parece no tener mucho sentido»²³.

3. FUNDAMENTO

Ya García Goyena con relación al artículo 663 del Proyecto de 1851 disponía que «los efectos de la cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia la madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, a más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaria»²⁴.

Por su parte, ALPAÑES con referencia a la redacción originaria del artículo 831 del Código Civil, considera que este artículo «constituye un poderoso instrumento en manos del viudo o la viuda para conservar la cohesión familiar y su continuación a través de las múltiples circunstancias cambiantes en que la vida de una familia labradora se desenvuelve». «Evita con ello, —añade el citado autor— la igualitaria distribución del llamamiento legal»²⁵. En esta línea, ANNO ELFEN señala que «la ratio del precepto está en evitar que se abra la sucesión legal si el difunto no ha dejado testamento. La repartición proporcional de la herencia podría llevar, especialmente en el agro, a la disgre-

²² DÍAZ FUENTES A., «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa (II, Sobre el artículo 831 del Código Civil)», *Anuario de Derecho Civil*, T. XVIII, Fasc. I, Enero-Marzo 1965, pp. 880-881.

²³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., «El artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1121.

²⁴ GARCÍA GOYENA F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, *op. cit.*, p. 107.

²⁵ ALPAÑES E., «La delegación de la facultad de mejorar», *op. cit.*, p. 289.

gación de una finca rústica, que a lo más puede sustentar a uno. El cónyuge supérstite actúa aquí no solo como un partidario, sino que efectúa una institución de heredero, al menos en tanto que mejora»²⁶. Para SECO CARO el artículo 831 «puede servir para alcanzar diversos fines entre los cuales los de principal importancia son: mantenerse unido el patrimonio indivisible familiar, evitarse la disgregación de la propiedad territorial o de establecimientos y empresas mercantiles e industriales, quedar fortalecido el poder familiar y la posición del cónyuge viudo en relación con los hijos, alcanzar una distribución equitativa de la herencia del difunto sin testamento, evitar en muchos casos la herencia y corregir las ulteriores diferencias de fortuna o de otras circunstancias entre los diversos hijos, con la medida humanitaria y equitativa que supone la mejora a los que resulten más necesitados»²⁷; y pensando, asimismo, de manera primordial en el patrimonio familiar DÍAZ FUENTES indica que «entre los propósitos de este precepto, se cuentan el de diferir, aún hasta después del óbito del causante, la designación del elegido para continuador en la explotación familiar, haciendo recaer sobre el viudo su nombramiento en previsión de que el fallecimiento del «de cuius» acontezca antes de poder los descendientes revelar sus respectivas aptitudes para ser preferidos»²⁸.

La nueva redacción del precepto dado por la Ley 41/2003, sobre la base de la protección de los discapacitados, impone un nuevo fundamento para la norma que ya en su momento puso de manifiesto GARRIDO DE PALMA cuando hizo el siguiente planteamiento «supongamos un hijo que está impedido o enfermo o tiene especiales necesidades, o padece incapacidad... Si el padre fallecido no lo hizo o no pudo hacer testamento, el viudo al realizar la distribución para la que esté autorizado puede remediar o solucionar la especial situación de los hijos o de la familia»²⁹; y que DÍEZ-PICAZO y GULLÓN amplían a otras personas dependientes, cuando señalan que «se trata también de facilitar, en alguna medida, la situación de personas de edad avanzada»³⁰.

²⁶ ANNO ELFEN «La mejora en el vigente derecho español», *op. cit.*, p. 20.

²⁷ SECO CARO E., *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo* (Estudio sobre el artículo 831 del Código Civil español), Bosch, Barcelona, 1960, pp. 114-115 y 215.

²⁸ DÍAZ FUENTES A., «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa», *op. cit.*, p. 884.

²⁹ Vid., asimismo, VALLET DE GOYTISOLO J., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *op. cit.*, p. 404.

³⁰ GARRIDO DE PALMA V.M., «Visión notarial del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 371.

³¹ DÍEZ-PICAZO L., y GULLÓN BALLESTEROS A., *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 435.

Sin embargo, pese a ser ese su espíritu que subyace en la reforma, como expusimos al inicio de nuestra exposición, se trata de un supuesto de protección indirecta para los discapacitados. Por tanto, el legislador no sólo está pensando en su utilización para favorecer a tales personas, sino también a quienes no se encuentren en situación de dependencia. Así, dispone RUEDA ESTEBAN que va a ser utilizado con una finalidad práctica más útil y elocuente, que no es otra que «facilitar la transmisión de la empresa familiar, acogiendo todos los fundamentos que se desprenden de la Ley de Nueva Empresa publicada un año antes y en la que se da una nueva y moderna redacción al párrafo segundo del artículo 1056. Ambas normas pueden servir para establecer de forma ordenada la sucesión en la empresa familiar, logrando la continuación del negocio y evitando que el fallecimiento del empresario produzca su disgregación»³¹. En este sentido, LACRUZ BERDEJO señala recogiendo las palabras de PUIG FERRIOL que «puede valer el instituto, sobre todo en territorios donde el predominio del factor personal sobre el capitalista en las empresas industriales o mercantiles lleva a la necesidad de que el heredero que ha de continuar al frente del negocio reúna unas características especiales que sólo pueden apreciarse cuando los hijos alcanzan cierta edad y han dado pruebas de cuáles son sus aptitudes, afanes o vocación de trabajo. Si cuando desaparece el titular de la empresa los hijos no han alcanzado todavía esa edad, lógico es que pueda encomendarse al cónyuge la facultad de escoger...»³².

Ahora bien, como ha señalado DÍEZ GÓMEZ el otorgamiento de esta fiducia puede suplir la habitual práctica de los consortes de otorgarse en el testamento el usufructo universal vitalicio, afianzado con la *cautela socini*. Este autor ve en este pacto una alternativa a la anterior modalidad, si el delegante establece como plazo para el ejercicio de la delegación el de la vida del cónyuge superviviente; y que no tiene otra finalidad que la de dotar al viudo de los máximos poderes sobre los bienes del difunto³³.

Por tanto, además de ser una figura que tiene por finalidad la protección patrimonial de las personas con discapacidad, si bien de forma indirecta; con ella se posibilita la transmisión *mortis causa* de

³¹ RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil» en *El patrimonio familiar, profesional, y empresarial. Sus protocolos*, T. V, Bosch, Barcelona, 2004, p. 161.

³² Tomada la referencia de RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 279, Marzo 2005, p. 968.

³³ DÍEZ GÓMEZ A., «El nuevo artículo 831 del Código Civil», *Revista de Derecho Notarial*, año XXX, núms. 117-118, Julio-Diciembre 1982, p. 410.

la empresa familiar, preservándola de forma íntegra, a la vez que favorece la posición del cónyuge viudo, al disponer mientras viva de una situación ventajosa, pues, no sólo se le va a permitir disfrutar de un patrimonio, sino que también ante la posibilidad indicada de hacer efectiva la adjudicación en su propio testamento y de resultar mejorados en el mismo cualquiera de los hijos comunes, éstos procurarán la mejor asistencia y cuidado de aquél, para que su colaboración resulte en cierta forma recompensada. En tales extremos, descansa el fundamento de la institución.

4. NATURALEZA

La intervención de un tercero en la ordenación de la sucesión se puede plantear, bien en el negocio ordenador, es decir, en el momento de otorgar testamento o realizar un contrato sucesorio, en cuyo caso, se habla de excepción al *principio de personalismo formal*. O bien, puede producirse por un reenvío a una voluntad ajena al contrato sucesorio, en cuyo caso estamos ante una quiebra del *principio de personalismo material* en la ordenación de la sucesión, puesto que una voluntad extraña va a ordenar la sucesión sin que formalmente intervenga en el acto ordenador. A este último caso, responde el artículo 831³⁴.

Apunta Vallet de Goytisolo que el contenido del artículo 831 ha sido enfocado por la doctrina de diversas maneras³⁵. Así, para unos representa un pacto sucesorio que no debe confundirse totalmente con la sucesión contractual y que excepciona el principio prohibitivo del artículo 1271.2 del Código Civil³⁶. Para otros, supone una delegación de la facultad de disponer *mortis causa*, que tampoco debe confundirse en ningún caso con el conferimiento de un poder gestatorio³⁷. Lacruz Berdejo la calificó de «fiducia limitada a la distribución

³⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., «El artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1122.

³⁵ VALLET DE GOYTISOLO J., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 404-405.

³⁶ SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, Vol. 1°, Madrid 1910, p. 104; VALVERDE y VALVERDE C., *Tratado de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 388; CASTÁN TOBEÑAS J. M., *Derecho civil español, común y foral*, T. VI *Sucesiones*, vol. II, 8ª ed., Reus, Madrid, pp. 595-596; Seco Caro E., *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, *op. cit.*, pp. 157 a 164.

En contra, de su consideración como pacto sucesorio, *vid.*, ALPAÑES E., «La delegación de la facultad de mejorar», *op. cit.*, p. 295.

³⁷ DÍAZ FUENTES A., «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones *mortis causa*», *op. cit.*, p. 902; ANNO ELFGEN, «La mejora en el vigente derecho español», *op. cit.*, pp. 20-21 y nota 22; ALPAÑES E., «La delegación de la facultad de mejorar», *op. cit.*,

de bienes de los que no dispuso el causante dentro de un círculo bastante restringido de personas»³⁸. Y, finalmente, están quienes consideran que estamos ante una simple facultad de distribuir la herencia semejante a la que tendría el propio causante³⁹.

De las diferentes propuestas expuestas, se ha de señalar que no estamos ante un pacto sucesorio en cuanto no limita el poder de disposición *mortis causa* del cónyuge otorgante; así, el causante, aunque ordene al cónyuge viudo la facultad en testamento, puede disponer de sus bienes tanto por actos *inter vivos* como por actos *mortis causa*, a título de herencia, legado, mejora, sustitución fideicomisaria, dejando sin efecto la delegación conferida. Frente a la irrevocabilidad del pacto, la delegación otorgada por el causante al cónyuge viudo en testamento es esencialmente revocable.

No estamos tampoco ante un poder gestatorio, pues, no se delega la facultad de instituir heredero, sino la de mejorar y/o distribuir la herencia. El cónyuge superviviente puede ejercer su facultad no sólo *mortis causa*, sino también *inter vivos* y en ningún caso testa por el premuerto, sino que ejerce unas facultades por él delegadas⁴⁰. Se trata, en esencia, el artículo 831 de una auténtica delegación de la facultad distributiva-partitiva de los bienes del causante hecha en testamento, y basada en la confianza o fiducia⁴¹. Su contenido va, por tanto, más allá de una simple facultad de distribución, pues llega incluso a más allá de la partición. El cónyuge viudo está facultado, pero no obligado por el testador. El encargo encomendado se cumple con el acto de mejorar, atribuir o adjudicar, el cual una vez llevado a cabo, agota el contenido del poder concedido, que ya no podrá renacer. Por tal decisión del viudo/a adquieren determinación y firmeza los derechos de

pp. 294-295, quien añade que tal delegación no supone más que «la concesión, generalmente recíproca, de un derecho de configuración jurídica, de carácter y finalidad esencialmente familiar, que si bien se produce en términos sucesorios no participa de este carácter más que en la medida en que derecho de familia y derecho de sucesiones constituyen dos zonas permanentemente entremezcladas e inseparables»; y Díez Gómez A., «El nuevo artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 411-412, quien, asimismo, destaca que «antes de la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, la delegación de la facultad de mejorar era una modalidad de pacto sucesorio, puesto que había de hacerse en capitulaciones matrimoniales cuyo carácter contractual era indudable. Después de la reforma, al poder hacerse la delegación en capitulaciones matrimoniales o en testamento, se trataría de un verdadero poder testatorio, aunque de ámbito limitado».

³⁸ LACRUZ BERDEJO J.L. et al., *Elementos de Derecho Civil, T. V. Sucesiones*, 2ª edición revisada y puesta al día por JOAQUÍN RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 355.

³⁹ Seco Caro E., *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, *op. cit.*, pp. 388-390.

⁴⁰ Rueda Esteban L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 162.

⁴¹ En este mismo sentido, BLASCO GASCO F de P., *Derecho de sucesiones*, VVAA, coord. por A.M. LÓPEZ, V.L. MONTÉS y E. ROCA, Valencia 1999, p. 342.

cada uno de los interesados en la herencia del causante⁴². Supone, en fin, la concesión entre los cónyuges, o pareja de hecho en testamento de una facultad, cuyo otorgamiento no es necesario que sea recíproco, que va a permitir al cónyuge o pareja de hecho sobreviviente la posibilidad de mejorar, es decir, atribuir porciones desiguales a los hijos o descendientes comunes y adjudicar o atribuir bienes concretos, precisamente, a estos hijos o descendientes comunes, implicando tal delegación un poder particional más amplio que el conferido al contador-partidor conforme al artículo 1057 del Código Civil, como veremos. Y asimismo, al extenderse las facultades distributivas-partitivas a los bienes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada y a los bienes propios del cónyuge delegado, tales facultades van a ser superiores a las del testador⁴³.

5. EL ARTÍCULO 831 COMO EXCEPCIÓN AL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 831 representa una excepción a otros preceptos del Código Civil. Así, al artículo 830 —que le precede—, tal como dispone expresamente en su redacción cuando dice «*No obstante, lo dispuesto en el artículo anterior...*». El citado artículo 830 prohíbe encomendar a otro la facultad de mejorar. Igualmente, excepciona el artículo 670, que partiendo de la consideración del testamento como un acto personalísimo, dispone que «*no puede dejarse su formación, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que haya de suceder cuando sean instituidos nominalmente*». El cónyuge en virtud de la delegación concedida puede designar porciones e incluso instituir herederos, pero en la parte relativa a la mejora. Supone, asimismo, una excepción al artículo 1271.2 en el que se prohíbe los contratos sobre herencia futura, salvo la división entre vivos del caudal conforme el artículo 1056; y finalmente, al artículo 1057.1º del Código Civil, que sólo permite al testador encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte, la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos; y, el cónyuge superviviente del artículo 831 es un coheredero.

⁴² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., «El artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1123.

⁴³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., *Úb. Lug. Cit.*

6. PRESUPUESTOS

Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 831 existe coincidencia en señalar que son varios los presupuestos sobre los que se sustenta el contenido de tal precepto.

1. Que un cónyuge conceda a otro la facultad (encargo) en el testamento. Suprimida en la última reforma la posibilidad de concesión en capitulaciones matrimoniales, ahora tal facultad sólo puede otorgarse en testamento, siendo éste esencialmente revocable. Ha de ser conferida en el último testamento válido. Por tanto, la sucesión del cónyuge premuerto ha de ser testada, o por lo menos en parte testada.
2. La existencia de matrimonio válido entre el cónyuge concedente y el cónyuge concesionario de la facultad y que aquél se mantenga subsistente a la muerte del cónyuge testador.
3. La existencia de una relación de hecho análoga a la conyugal (unión o pareja de hecho), o se trate, simplemente, de personas con descendencia común que no estén casadas entre sí y que, en ambos supuestos, sobrevivan al testador.
4. Que el concedente de la facultad (encargo) premuera al cónyuge facultado o pareja de hecho o persona con la que tenga descendencia común.
5. Que, igualmente, sobrevivan al testador (concedente de la facultad) varios hijos o descendientes comunes.
6. Que los hijos o descendientes comunes no sean indignos para suceder al causante, ni hayan sido desheredados por éste con justa causa.
7. Que el cónyuge supérstite o la pareja de hecho o persona con la que tenga descendencia común sobrevivientes no haya contraído nuevas nupcias o mantenga relación de hecho análoga a la conyugal o tenga algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

7. RÉGIMEN JURÍDICO

7.1. Elementos personales

Como hemos expuesto en líneas precedentes, la delegación de la facultad de mejorar tiene que darse entre personas casadas entre sí, a las que añade el artículo 831 en su redacción actual, el supuesto de personas entre las que existe una relación análoga a la conyugal o que

simplemente tengan descendencia común; y, por otra parte, como asimismo hemos señalado, los beneficiarios de tal encargo tienen que ser hijos o descendientes comunes; de ambos extremos nos vamos a ocupar a continuación.

a) La existencia de matrimonio o relación análoga. El cónyuge o pareja de hecho otorgante de la facultad.

Como hemos indicado, se amplía el campo subjetivo de ejercicio de la facultad concedida, no siendo necesario, frente a lo que constituía la redacción tradicional del artículo 831, que el cónyuge sobreviviente deba tener la condición de cónyuge al fallecimiento del otorgante, pues, también se concede tal facultad a la pareja de hecho; por lo que es posible una conexión familiar fuera del vínculo matrimonial donde el ejercicio del encargo sea, igualmente, concedido.

Refiriéndonos en primer lugar a la existencia de matrimonio no resulta necesario, como requisito para la concesión de la delegación la consumación del mismo, sino que tal exigencia es sustituida por el requisito de su validez y subsistencia de aquél al momento de la muerte del cónyuge otorgante.

Lo que nos va a exigir plantearnos qué sucede en los casos de nulidad, separación o divorcio.

Para algunos autores, en estos casos, la concesión de la facultad quedaba invalidada o extinguida⁴⁴.

Para la mayor parte de la doctrina con Manresa consideraban que el cónyuge de mala fe pierde la facultad en caso de nulidad, y los declarados culpables en el caso de separación; y, que, por el contrario, no la perdían ni el cónyuge de buena fe, en caso de nulidad, ni el declarado inocente, en caso de separación⁴⁵. En cambio, ROCA SASTRE⁴⁶, LACRUZ BERDEJO⁴⁷ y VALLET DE GOYTISOLO⁴⁸ niegan esta posibilidad, si bien apuntan los dos últimos autores, que no invalidará la declaración de nulidad la facultad de mejorar ya ejercitada por el cónyuge de buena fe.

⁴⁴ SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 1216-1217.

⁴⁵ MANRESA Y NAVARRO J.M., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 444; ANNO ELFGEN, «La mejora en el vigente derecho español», *op. cit.*, p. 22; SECO CARO E., *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, *op. cit.*, pp. 142-143; ALPARES E., «La delegación de la facultad de mejorar», *op. cit.*, pp. 318-319.

⁴⁶ ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho de Sucesiones*, T. II, Barcelona 1991, p. 234.

⁴⁷ LACRUZ BERDEJO J.L., y SANCHO REBULLIDA F., *Elementos de Derecho Civil*, T. V *Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona 1988, p. 483.

⁴⁸ VALLET DE GOYTISOLO J., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 409.

Lo cierto es que en caso de nulidad, aunque se trate de cónyuge de buena fe, no alcanzan a la delegación los efectos del matrimonio putativo (artículo 79 del Código Civil). No obstante, cabe plantearse qué ocurre desde la celebración del matrimonio hasta la sentencia declarativa de nulidad matrimonial, pues, de existir ésta, todo lo que se ejercite con posterioridad a la misma, aunque sea por el contrayente sobreviviente de buena fe no surte efecto. Pues bien en la situación descrita, los efectos producidos durante la misma respecto de los hijos y del contrayente/s de buena fe no son inválidos por la declaración de la nulidad del matrimonio; de forma que, si durante el período de tiempo descrito muere el contrayente otorgante y el cónyuge superviviente de buena fe ejerce la delegación concedida, ese ejercicio será válido y no le alcanza la declaración de nulidad matrimonial posterior, pues, en estos casos tal declaración judicial no tiene efectos retroactivos; pero si viene a excluir la posibilidad de su ejercicio posterior.

Para el caso de divorcio, el matrimonio queda disuelto, y no es posible ya ejercer la delegación. El cónyuge superviviente deja de ser cónyuge y por tanto, ya no es viudo/a del fallecido. La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales; pero siempre cabe la posibilidad de que decidan contraer nuevo matrimonio o constituirse en pareja de hecho, y de concederse otra vez la facultad de delegación, no así de revitalizar la ya extinta.

En cuanto a la separación legal, también se extingue la concesión de la delegación, cuando al morir el cónyuge otorgante hubiera demanda de separación pendiente de resolución o estuvieran separados legalmente, pues, como dispone el artículo 102 del Código Civil «admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio...2. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro»; y, el artículo 106, además establece que «los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo. La revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva». Al igual que, por la mera admisión de la demanda se revocan los consentimientos y poderes, tiene lugar la revocación de dicha facultad delegada⁴⁹. El primer precepto es de aplicar al supuesto de morir el cónyuge otorgante cuando el proceso se halla meramente incoado y aún no haya finalizado; y el segundo podría serlo, cuando se pone fin al procedimiento por la reconciliación de los cónyuges separados legalmente⁵⁰. Por tanto, en caso de

⁴⁹ En este sentido, LEÑA FERNÁNDEZ R. *El notario y la protección del discapacitado*, Editorial Consejo General del Notariado, Madrid 1997, pp. 250-251.

⁵⁰ RIVAS MARTÍNEZ J.J., *Derecho de sucesiones*, op. cit., p. 489.

reconciliación de los cónyuges separados, recobra vigencia la facultad concedida.

Para la separación de hecho, aunque conforme a la literalidad de la norma, aún existe matrimonio, y se podría mantener la facultad concedida; no obstante, puede no resultar lógica por la confianza que se exige en esta institución; lo que por analogía habría que aplicar la misma solución que para la separación legal⁵¹. En todo caso, como señala Rueda resultaría conveniente que «la separación de hecho constara en documento público fehaciente», para que no existan dudas y, por tanto, considerar revocada la facultad. En cualquier caso, teniendo presente la posibilidad de revocar el testamento que tiene el cónyuge otorgante, la situación de separación de hecho no debe causar problemas, ya que quien concedió la facultad, tiene la misma posibilidad de dejarla sin efecto por su propia voluntad⁵².

Ahora bien, el artículo 831 no se refiere expresamente a que la facultad de delegación se pierda por cualesquiera situaciones descritas nulidad, separación y divorcio⁵³, y, por otro parte, cuando alude a las causas de extinción de las facultades conferidas al cónyuge establece la posibilidad de su dispensa por el testador (núm. 5). Es posible sobre tales bases plantearse que, a pesar de tener lugar estas situaciones de ruptura, si quien concede la facultad sigue confiando en quien fue su cónyuge pueda mantener subsiste tal facultad de delegación, esto es, será posible que un testador delegue a favor de su ex cónyuge o de su cónyuge separado, la facultad del artículo 831; pues, no olvidemos, además, la aplicación de lo dispuesto en el precepto, para el caso que las personas con descendencia común no estén casadas entre sí (núm. 6). Al respecto señala LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA que «si pese a la separación judicial o de hecho el cónyuge concedente de la facultad sigue confiando en el otro, cosa que bien puede suceder, la delegación será válida»; y añade «la demostración de la confianza puede ser expresa o tácita: expresa, si el testador en su testamento dice que pese a la separación concede facultades a su

ALBALADEJO GARCÍA M., «El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona», *Revista de Derecho Privado*, Enero-Febrero 2005, p. 7, considera aplicable tales preceptos al caso de que muriese el cónyuge que confirió al otro la facultad de mejorar, pendiente el proceso de nulidad, divorcio o separación.

⁵¹ En este sentido, CAMPO GUERRI M.A., «La autoprotección del discapacitado. Disposición en previsión de la propia incapacidad», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34, 2000, p. 12.

⁵² RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», op. cit., p. 169.

⁵³ Si, en cambio, los artículos 48.3 y 171.3 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco al disponer expresamente que el poder gestatorio se extinguirá, en el caso de cónyuge-comisario, por la presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial después de otorgado el poder gestatorio.

todavía cónyuge; tácita, si concede facultades en su testamento al otro cónyuge después de la separación judicial o de hecho»⁵⁴. En esta línea, señala Díaz Gómez que podría defenderse la validez de la delegación realizada a favor del ex cónyuge o del cónyuge separado, puesto que el fundamento de la institución puede pensarse que es más que la *afectio maritalis*, la confianza que se deriva de que el comisario sea padre o madre de las personas llamadas a heredar⁵⁵.

Coincido con la opinión de ambos autores, argumentando, además, sobre la dispensa antes apuntada respecto a las causas de extinción de la facultad, que de producirse situaciones de crisis matrimonial como la separación o el divorcio y partiendo de la base que la concesión de la delegación ha tenido lugar en testamento, si éste no se revoca, puede hacernos suponer que en cierta forma el testador quiere mantener subsistente tal facultad, como una dispensa tácita. La misma libertad que tiene para plasmar en testamento su declaración de voluntad concediendo tal facultad a su cónyuge, la tiene para revocarla cuando quiera. De no hacer uso de tal posibilidad se puede interpretar que opta por su mantenimiento, pese a las situaciones de crisis descritas. Aunque de la literalidad del precepto puede algún autor entender que la solución que mejor se ajusta al espíritu de la Ley es aquella que determina que la facultad de mejorar se pierde en los supuestos descritos, pues, parece que el Código está pensando que para su ejercicio el sobreviviente ha de conservar su condición de cónyuge, lo cierto es que tras la reforma de 2003, ya no es precisa la subsistencia del vínculo matrimonial en el momento de la muerte del causante, desde el momento que es posible su mantenimiento, aún solo existiendo entre las partes un hijo o descendiente común, y, sobre la base de la amplia libertad y el campo de maniobra que se concede al causante (con el ejercicio de la dispensa en los supuestos mencionados), parece que va adquiriendo especial operatividad, junto al pleno protagonismo de la voluntad del testador, la confianza (fiducia) que subsiste como base sobre la que se define la naturaleza de este instituto⁵⁶.

⁵⁴ LÓPEZ BELTÁN DE HEREDIA C., «El artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1124.

⁵⁵ DÍEZ GÓMEZ A., «El nuevo artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 414-415.

En cambio, señala ALBALADEJO GARCÍA M., «El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante», *op. cit.*, p. 8; que, si bien, en los casos del núm. 4 del artículo 831 dan mucha base para pensar que también acaban las facultades en vida del testador, so pena de que se piense que en los mismos la ley deja en manos del testador vivo que revoque las facultades, si quiere, y que si no lo hace, subsisten. Argumento que encuentra menos creíble que el que apoya que sea la propia ley la que las retira.

⁵⁶ El artículo 125.2 de la Ley de Sucesión por Causa de Muerte en Aragón dispone que «salvo disposición del comitente, no surtirá efecto el nombramiento del cónyuge como fiduciario si al fallecimiento de aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontrarán en trámite los procedimientos dirigidos a este fin».

La facultad de mejora, como hemos expuesto en líneas precedentes, alcanza también a la persona con quien el causante tuviera descendencia común, aunque entre ambos no medie vínculo matrimonial. El tenor literal del número 6 del artículo 831, dispone que no es precisa relación de convivencia entre ambos y mucho menos que entre ellos exista relación análoga a la conyugal; en efecto, dice el artículo que lo dispuesto en el mismo será igualmente aplicable cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí, sin exigir que medie entre ambos una relación similar a la matrimonial. Estamos ante los supuestos de parejas o uniones de hecho o conviviente *more uxorio* con la posibilidad indicada que se trate de una relación ocasional con la exigencia de descendencia común. Se aplica, —si bien sólo a los casos de pareja de hecho—, lo visto en relación con la ruptura del vínculo matrimonial y, por ende, la posibilidad de pérdida de la facultad concedida, al supuesto de ruptura de la convivencia, cuando estemos precisamente ante una ruptura permanente y no meramente transitoria, y, en consecuencia, resultará igualmente trasladable a este supuesto, la posibilidad de «dispensa», que podrá determinar la subsistencia de aquélla.

Ahora bien, el artículo 831 establece en su apartado 1 que «podrá conferirse facultades al cónyuge en testamento para que fallecido el testador», resultando necesario que el concedente de la facultad premuera al cónyuge o pareja de hecho facultado y que el cónyuge o persona en quien se delegó la facultad de mejorar no haya sido declarado indigno y, tratándose de cónyuge superviviente, que no haya sido justamente desheredado por el cónyuge delegante.

No resulta preciso que la facultad deba concederse recíprocamente por los cónyuges o pareja de hecho, aunque ello no impide que cada uno en su propio testamento, bien con el mismo contenido o con otro diferente, procedan a su otorgamiento; en cuyo caso la muerte de cualquiera de ellos, determina que el superviviente sea el encargado de ejecutar la delegación conferida. Si solamente uno de ellos, es el que concedió la facultad al otro, será precisamente el concedente el que tenga que morir primero, para que el otro pueda ejecutar el encargo.

Igualmente, para que resulte eficaz el ejercicio de la facultad delegada es necesario que el cónyuge superviviente o la pareja de hecho «no hayan contraído nuevas nupcias o mantengan relación de hecho análoga o tener algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa» (núm. 5)⁵⁷. La exigencia de que el cónyuge viudo no con-

⁵⁷ En términos similares se pronuncian, el artículo 284 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra cuando dispone que la condición de fiduciario se pierde cuando el cónyuge viudo contrae nuevas nupcias; o el artículo 147 e) de la Ley de Sucesión por Causa

traiga nuevas nupcias ya se establecía tanto en la redacción originaria del Código Civil, como tras la reforma por Ley 11/1981. Para García Goyena su fundamento residía «en un deseo de evitar que los nuevos afectos y vínculos que este segundo matrimonio ha hecho surgir, puedan hacer una elección menos ajustada. Si el recuerdo del cónyuge premuerto se ha atenuado en el sobreviviente natural que se le priva de un derecho de elección de que de él deriva»⁵⁸.

No obstante, las comparaciones del antiguo precepto con otros del Código Civil que, asimismo, llevaba a cabo la doctrina para justificar la pérdida de la facultad de delegación en los supuestos indicados⁵⁹, hoy tienen menos trascendencia, debido a la modernidad de la norma y su distinta *ratio*. Así, la que tenía lugar con el artículo 793 que estima «por no puesta la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio», —supuesto este que no coincide con el del artículo 831—; y con el artículo 972 del Código Civil que «a pesar de la obligación de reservar, podrá el padre o madre, segunda vez casado, mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, conforme a los dispuestos en el artículo 823»⁶⁰.

La exigencia de que el cónyuge supérstite o pareja de hecho sobreviviente no pasea a ulterior matrimonio, o a relación de hecho análoga a la conyugal o tenga algún hijo no común plantea varias cuestiones.

La primera se residencia en qué ocurre si la facultad conferida se ejercita en todo o en parte antes de pasar a posterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tener algún hijo no común. Si el cónyuge supérstite hubiera ejercitado en todo o en parte antes de que tengan lugar las situaciones descritas, no se invalidará su ejercicio, ya que se trata de hechos posteriores que no pueden producir efectos invalidantes retroactivamente⁶¹. Por el contrario, de no haberse ejercitado

de Muerte de Aragón cuando dispone que, igualmente, la condición de fiduciario se pierde cuando el cónyuge viudo fiduciario contraiga nuevas nupcias o lleva una vida marital de hecho, salvo que el comitente hubiera dispuesto expresamente otra cosa.

⁵⁸ GARCÍA GOYENA F., Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, *op. cit.*, pp. 106-107.

⁵⁹ SÁNCHEZ ROMÁN F., Estudios de Derecho Civil, *op. cit.*, p. 1220; ALPAÑES E., «La delegación de la facultad de mejorar», *op. cit.*, p. 316; SECO CARO E., Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo, *op. cit.*, p. 153; ANNO ELFGEN, «La mejora en el vigente derecho español», *op. cit.*, p. 22, nota 27.

⁶⁰ GARCÍA GOYENA F., Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, *op. cit.*, p. 108, pone de manifiesto, no obstante, que «en el artículo 972 se trata de bienes de su propiedad, si bien pendientes del evento de la supervivencia sin reservatarios, mientras que en el caso del artículo 831 los bienes no son ni nunca han sido del viudo, pues, siempre pertenecen al grupo de los hijos comunes del primer matrimonio».

⁶¹ VALLET DE GOYTISOLO J., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 410; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., «El artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 1125-1126.

por aquél la facultad de delegación (encargo), antes de que tuvieran lugar tales situaciones, la producción de las mismas son causas de extinción de la facultad concedida, salvo que el testador opte por su dispensa expresa en el testamento.

La segunda cuestión que se plantea es qué sucede, si el segundo matrimonio no es válido o se produce posterior divorcio o separación de hecho o tiene lugar la muerte del otro cónyuge, o en fin, la relación de hecho análoga a la conyugal se interrumpe o si el hijo no común fallece ¿se mantendrá la cesación de la facultad concedida o recobrará su eficacia? La respuesta debe ser negativa, pues, en palabras de Vallet de Goytisolo «no se trata de una cuestión puramente formal, sino de la existencia de circunstancias nuevas que implican la pérdida de la confianza requerida para el ejercicio de tan delicada función familiar»⁶². Existe una pérdida de confianza necesaria para el ejercicio de la facultad concedida y salvo que el concedente disponga otra cosa en el testamento, desde el momento que las circunstancias descritas en el número 5 del artículo 831 tienen lugar, se extingue la facultad concedida.

Si bien, como se ha apuntado, es posible la dispensa de tal requisito por el testador; posibilidad esta que en su momento fue defendida por algunos autores, frente al sentir mayoritario⁶³.

Para finalizar este apartado nos queda referirnos a la capacidad del cónyuge supérstite. Éste ha de tener plena capacidad de obrar y capacidad para suceder tanto en el momento de fallecer el causante como en el momento de ejercer la facultad. Por lo que respecta a la primera será la exigida para cada acto en cuestión. No obstante, en el caso de incapacidad de aquél, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 210 del Código Civil; de forma que, será la sentencia de incapacitación la que determine que actos puede o no realizar el incapaz por sí solo, con o sin necesidad de representación; y en lógica consecuencia, si puede o no ejercitar la facultad concedida. Como el ejercicio de la misma, como veremos, puede tener lugar tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, si con carácter general se pro-

⁶² VALLET DE GOYTISOLO J., *Últ. Lug. Cit.*. De la misma opinión, RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 169.

⁶³ ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., Derecho de sucesiones, *op. cit.*, p. 237; Díez Gómez A., «El nuevo artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 416.

En cambio, para SANZ URANGA, SECO CARO, ANNO ELFGEN o ALPAÑES, entre otros, la necesidad de que el cónyuge que ejercita la facultad no haya contraído nuevas nupcias es un requisito indispensable para la validez del acto distributivo. Vid., Sanz Uranga F., «La nueva importancia del artículo 831 del Código Civil», *Revista de Derecho Notarial*, año XXIII, núm. XCI, Enero-Marzo 1976, p. 391; SECO CARO E., Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo, *op. cit.*, p. 141; Anno Elfgén A., «La mejora en el vigente derecho español», *op. cit.*, p. 21; ALPAÑES E., «La delegación de la facultad de mejorar», *op. cit.*, p. 307.

híbe disponer de sus bienes por actos *inter vivos*, se ha de entender que la facultad de mejorar concedida va a resultar alcanzada por la prohibición⁶⁴.

Respecto a la capacidad para suceder, si el cónyuge viudo, en los términos apuntados en líneas precedentes, ha sido justamente desheredado o declarado indigno, máxime si las causas de desheredación e indignidad constituyen agravios hechos por el cónyuge superviviente al cónyuge otorgante, determina que ha dejado de ser una persona digna de confianza del causante y por tanto, carecerá de la posibilidad de ejercicio de la facultad conferida⁶⁵.

Ahora bien, la capacidad de obrar incluye la de suceder, sobretudo cuando el cónyuge ejerce la facultad de mejorar o distribuir por un acto *mortis causa*.

En este contexto, la hipótesis de que el cónyuge superviviente herede la porción de uno de sus hijos, supone que es posible hablar de incompatibilidad de intereses, al subrogarse el cónyuge en lugar del hijo.

Para una parte de la doctrina en este caso, no opera la concesión de la facultad de mejorar⁶⁶; sin embargo, la tendencia mayoritaria se inclina a no mostrar obstáculo para que mejore en sentido amplio a cualquiera de los otros hijos o descendientes comunes⁶⁷, pues, una vez fallecido aquel hijo o descendiente difícilmente puede adquirir bienes producto del ejercicio de tales facultades, que recaerá en su totalidad en los restantes⁶⁸. Si bien, como matiza DÍAZ FUENTES, el cónyuge puede mejorar y distribuir la herencia entre los hijos comunes, pero se excluye su actuación respecto de otras personas, y, por lo tanto, para sí mismo⁶⁹.

⁶⁴ El artículo 147 c) de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte en Aragón dispone expresamente que la condición de fiduciario se pierde cuando éste es declarado incapaz judicialmente.

⁶⁵ En este mismo sentido, RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 171.

⁶⁶ SECO CARO E., Partición y mejoras encomendadas al cónyuge viudo, *op. cit.*, pp. 120-121; MORELL, y FERRY J., «Mejoras», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1893, p. 274.

⁶⁷ RUEDA ESTEBAN L., *Ult. Leg. Cit.*, VALLET DE GOYTISOLO J., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 411; ALPAÑES E., «La delegación de la facultad de mejorar», *op. cit.*, p. 313.

⁶⁸ ROBLES PEREA M.A., «El artículo 831 del Código Civil según redacción dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Jornadas sobre la Nueva Ley de Protección Patrimonial de discapacitados*, Valencia, 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004, Instituto Valenciano de Estudios Notariales, coordinador MANUEL ÁNGEL RUEDA PÉREZ, Valencia 2005, p. 161.

⁶⁹ DÍAZ FUENTES, A., «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa», *op. cit.*, pp. 893-894. En esta línea, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., «El artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1125.

b) Beneficiarios. Hijos o descendientes comunes

Como pusimos de manifiesto en líneas precedentes, es necesario que sobrevivan también al concedente varios hijos o descendientes comunes.

Ahora bien, la expresión «*hijos o descendientes comunes*» ha sufrido una importante evolución. Así, tanto en la redacción originaria del Código Civil como en la que tiene lugar con la reforma de 13 de mayo de 1981, sólo se emplea la «expresión de hijos comunes», de forma que los beneficiarios de la facultad de mejorar tenían que ser hijos comunes del cónyuge superviviente y del otorgante de la facultad. Se entendía para unos que con tal expresión sólo hacía referencia a los hijos comunes, con omisión de cualquier otro descendiente (nieta)⁷⁰; para otros, comprendía no sólo a los hijos comunes sino también a los nietos o descendientes comunes de ulterior grado que representan como herederos abintestato a los hijos premuertos⁷¹; y finalmente, no faltaban quienes entendían que en tal expresión cabe entender a los hijos comunes como a los nietos y demás descendientes de ulterior grado, con independencia de que viviesen todos los hijos comunes⁷².

Tras la reforma por Ley 41/2003, no sólo se va a poder mejorar a los hijos, sino también como dispone expresamente a los descendientes comunes, con lo que se zanja la polémica existente sobre los posibles beneficiarios de la delegación. No es preciso que los descendientes comunes, a quienes se favorece sean legitimarios. Bajo la expresión «*hijos o descendientes comunes*» se incluyen los hijos comunes, los nietos y demás descendientes comunes. Así se podrá mejorar a un nieto en vida de su progenitor o adjudicarle todo o en parte de la porción de libre disposición.

Se utiliza la expresión plural «*hijos o descendientes comunes*» de forma que si existe solamente un hijo común, será preciso que éste tenga descendencia o exista algún otro descendiente común, para que

⁷⁰ SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 1219; ALPAÑES E., «La delegación de la facultad de mejorar», *op. cit.*, p. 307; MORELL Y FERRY J., «Mejoras», *op. cit.*, p. 275.

⁷¹ SCAEVOLA Q.M., *Código Civil*, T. XIV, 4ª edición, comentado y concordado y totalmente revisado y puesto al día por FRANCISCO ORTEGA LORCA, Madrid 1944, p. 600; SECO CARO E., Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo, *op. cit.*, p. 152; De Lacoste J., *La mejora*, *op. cit.*, p. 248, si bien, son curiosos sus argumentos, pues, aunque en un principio parece que quiere incluir a los nietos no legitimarios en la fiducia, argumentando que «el legislador... por temor a complicar el texto, no escribieron hijos comunes y descendientes. Ninguna duda cabe, en efecto, que los descendientes de estos hijos, y, por consiguiente, los herederos de segundo grado, se sobreentienden en el artículo 831»; a reglón seguido, sin embargo, aclara su postura admitiendo a éstos sólo en el caso de premoriencia del ascendiente intermedio.

⁷² MANRESA y NAVARRO J.M., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 454.

tenga la concurrencia necesaria, al menos respecto al tercio de mejora. De no existir más que un solo hijo o descendiente común no es posible ejercer la facultad⁷³. No obstante, pese a este último supuesto, VALLET DE GOYTISOLO va más allá y plantea la posibilidad de ejercer la facultad a favor de descendientes nacidos por medio de la sustitución fideicomisaria, conforme al artículo 782 del Código Civil, dentro de los límites fijados en los artículos 781 y 785 del Código Civil⁷⁴.

En todo caso, de lo que no cabe duda es que se puede mejorar a los nietos o descendientes comunes, vivan o no sus descendientes intermedios.

Ahora bien, conviene señalar que tras las reformas operadas por Ley de 13 de mayo de 1981 y 11 de noviembre de 1987, no hay distinción por razón de la filiación, todos los hijos son iguales, sean matrimoniales, no matrimoniales o adoptivos, con tal que sean comunes a ambos cónyuges, e indistintamente todos puedan ser mejorados (artículo 108 del Código Civil).

Queda por último, la cuestión de la existencia de hijos no comunes en el momento de fallecimiento del testador. Pueden ser hijos o descendientes no comunes del cónyuge superviviente habidos de una relación matrimonial o de hecho anterior, lo que no le va a impedir ejercer la facultad conferida, pues en principio no hay contraposición de intereses, pues, no son hijos del otorgante de la facultad ni llamados a la sucesión, por tanto, no concurrirán a la sucesión con sus medio hermanos⁷⁵. Además, el número 5 del artículo 831 se refiere como causa de extinción de la facultad a la existencia de hijos no comunes cuyo nacimiento tenga lugar con posterioridad a la muerte del causante; por tanto, los nacidos antes de la disposición testamentaria en nada afectan a la facultad de mejorar.

O pueden, asimismo, tratarse de hijos no comunes del cónyuge premuerto de un matrimonio o relación de hecho anterior, tampoco en este caso se dejó sin efecto la delegación⁷⁶. Aunque estos hijos son igualmente herederos del causante y recibirán la parte de legítima que les corresponde, como igualmente, lo que hubiera dispuesto a su favor el testador, no entrarán, sin embargo, en el elenco de posibles mejo-

⁷³ Con anterioridad a las dos últimas reformas, SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho Civil*, op. cit., p. 1218 disponía que en caso de quedar sólo un hijo común, no se podía ejercer la facultad.

⁷⁴ VALLET DE GOYTISOLO J., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», op. cit., p. 411.

⁷⁵ En esta línea, RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», op. cit., p. 170.

⁷⁶ En este mismo sentido, RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», op. cit., p. 171.

rados, quedan fuera, por tanto de la facultad de mejorar del artículo 831.

7.2. Las facultades del cónyuge viudo. Contenido y extensión

Las diferentes reformas que ha experimentado el artículo 831 han ido ampliando el campo de actuación atribuido al cónyuge viudo, confiriendo más facultades para el ejercicio de la delegación. Si antes de la reforma por Ley 41/2003 se establecía en cuanto a las facultades del cónyuge superviviente que podía «distribuir a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes»; tras la citada reforma se dispone que «...puede realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras e incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar».

De forma que, el cónyuge viudo puede llevar a cabo los siguientes actos: 1) Mejorar incluso con cargo al tercio de libre disposición; 2) Adjudicar o atribuir bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio; 3) Partir.

Al respecto, el testador puede conceder al cónyuge todas las facultades o alguna de ellas; pero en todo caso, tales facultades se han de ejercer dentro de los límites previstos en el testamento y respetando sus disposiciones.

En esta línea, no hay obstáculo para que se conceda tan sólo la facultad de mejorar y no la de atribuir o adjudicar: es el caso concreto en que se autorice al cónyuge para que escoja al hijo que haya de ser mejorado en la empresa familiar, pero no se le permite realizar la partición del resto de los bienes (en concordancia con el artículo 1056.2 del Código Civil)⁷⁷. Igualmente, cabe que se delegue exclusivamente la facultad de adjudicar o atribuir y no la de mejorar, porque las mejoras de cuota ya han sido previamente establecidas en el testamento por el causante, —se trate de cuotas iguales o desiguales—, aunque lo normal es que se concedan ambas facultades. De todas formas, con la actual redacción del precepto se encuentra comprendida en la facultad de mejorar, tanto el tercio de mejora como el de libre disposición, siendo objeto de distribución igualitaria exclusivamente la legítima estricta⁷⁸.

⁷⁷ RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», op. cit., p. 173.

⁷⁸ RUEDA ESTEBAN L., *Utr. Lug. Cív.*

Para Vallet de Goytisolo de expresarse solamente que se concede la facultad de distribuir debe entenderse comprendida la facultad de mejorar, «a menos que ésta haya sido expresamente excluida o que el causante ya hubiera agotado el tercio de mejora con mejoras concretas, que lo absorban por entero»⁷⁹.

Ahora bien, cabe que el cónyuge que premuera nombre herederos a los hijos comunes en la porción que determine el cónyuge superviviente facultado para mejorar. Se trata de una comisión de aquél que «habilita al sobreviviente para, por un lado, fijar el *quantum* de la cuota sucesoria de cada uno de los legitimarios de primer grado y, de otra, señalar los bienes que han de integrar cada cuota»⁸⁰. Desde esta perspectiva, partiendo del hecho que la delegación se hace en testamento, el causante instituye herederos a todos en su legítima estricta, permitiendo al cónyuge disponer del resto.

En todo caso, aunque no faltan quienes entienden que el cónyuge superviviente puede instituir heredero o herederos a alguno o algunos de sus hijos comunes⁸¹; lo cierto es que, con la nueva redacción del precepto, tiene mayores facultades el cónyuge superviviente y se han superado las teorías que entendían que éste solo tenía una simple facultad de distribuir la herencia del finado, —con cierta desigualdad de las porciones—, y no están dentro de tales facultades, precisamente, la de instituir herederos.

a) La facultad de mejorar

La nueva redacción del artículo 831 deja claro que la mejora es posible «incluso con cargo al tercio de libre disposición» y zanja con ello las discusiones existentes en la doctrina. Si bien, mantiene abierta las formas de esa mejora que con el tenor literal del precepto admite diferentes posibilidades «...adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio...».

La mejora puede adoptar varias formas: mejora con adjudicación de bienes concretos, ya sea mejora expresa o tácita; o mejora con adjudicación de cuota en tal concepto, que a su vez podrá ser «de cuota con o sin asignación de bienes concretos, o bien de cosa con o sin determinación de cuotas». El cónyuge o pareja de hecho sobrevi-

⁷⁹ VALLET DE GOYTISOLO J., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, op. cit., p. 412; del mismo autor, «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil. Ministerio de Justicia*, T. I, 2ª ed., Madrid 1993, p. 2056.

⁸⁰ LACRUZ BEDEJO J.L., y Sancho Rebullida Fco. De Asís, *Derecho de sucesiones*, T. II, Bosch, Barcelona 1973, p. 68.

⁸¹ DÍAZ FUENTES A., «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa», op. cit., pp. 893-894.

viente en el ejercicio de la facultad de mejorar, puede mejorar en cosa determinada (artículo 829 del Código Civil), pudiendo consistir esa cosa determinada en la empresa familiar. De manera que, en la aplicación de los artículos 829 y 831, si el valor de la cosa determinada excediere de los tercios destinados a mejora y libre disposición, en la medida en que uno y otro tercio no estén afectados por otras disposiciones del causante, y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste, siempre que no existan en la herencia otros bienes suficientes, abonar la diferencia en dinero a los demás interesados.

Ahora bien, se considera por algún autor que «las mejoras con cargo al tercio de libre disposición» no son en rigor «mejora» «aunque efectivamente cualquier disposición a favor de uno o alguno de los hijos o descendientes, con cargo al tercio de libre disposición, suponga un incremento de su porción hereditaria, que le «mejora» en relación con los hijos o descendientes que no reciben nada de esa porción o que reciben menos»⁸². Por contra, para Albaladejo, si lo son, con la diferencia que «con el tercio de mejora sólo se puede hacer mejoras, y con el libre se pueden hacer disposiciones que se quieran y entre ellas las mejoras, pero para que lo dispuesto a favor de descendientes a cargo del tercio libre se conceptúe mejora no hay ni que decirlo, porque siempre es mejora»⁸³.

En todo caso, el cónyuge sobreviviente en uso de la facultad de mejorar puede establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de mejora a favor de los hijos o descendientes comunes (artículo 782 del Código Civil).

b) Facultad de adjudicar o atribuir

El nuevo texto ha sustituido el término «distribuir», por los de «adjudicar o atribuir». Con ello, se amplía la extensión de las facultades del cónyuge viudo, y desaparece la discusión doctrinal sobre si la facultad de distribuir se refería sólo a partir o incluía también la atribución. La nueva redacción del artículo 831 incluye ambas facultades. Se consolida la teoría que defendió Vallet de Goytisolo en el sentido de considerar la facultad de distribuir como una «facultad dispositiva institucional» supletoria de la que el premuerto fallecido abintestato dejó de ejercitarla⁸⁴.

⁸² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., «El artículo 831 del Código Civil», op. cit., p. 1132.

⁸³ ALBALADEJO GARCÍA M., «El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona...», op. cit., p. 11.

⁸⁴ VALLET DE GOYTISOLO J., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», op. cit., p. 414.

Conferidas tales facultades, el cónyuge viudo puede realizar la partición de la herencia del cónyuge otorgante, teniendo para ello mayores facultades que las que corresponden a un simple contador-partidor. De forma que, al igual que el causante puede hacer uso del artículo 1056.2 del Código Civil adjudicando bienes a algún descendiente y ordenando compensaciones en metálico; asimismo, no está sujeto a los requisitos del artículo 1057.3 del citado cuerpo legal, pues, las facultades del cónyuge viudo no se circunscriben a la simple facultad de hacer la partición, sino abarcan «la designación de porciones de los herederos legales»⁸⁵; ni tiene que guardar la posible igualdad entre los herederos en la compensación de los lotes (artículo 1061 del Código Civil); y, en fin, la partición que realice no es rescindible por causa de lesión en la cuarta parte prevista en el artículo 1074, sino únicamente en las reguladas en el artículo 1075, referido a la partición hecha por el propio difunto, que sólo puede ser impugnada cuando perjudique las legítimas o cuando se presuma que fue otra la voluntad del testador. Desde su posición superior a la de un contador-partidor puede, —en atención a la conservación de la empresa familiar o en interés de la familia—, adjudicar íntegramente la explotación económica, las acciones o participaciones sociales de una sociedad de capital a aquel de los hijos o descendientes comunes que reúna las condiciones adecuadas para continuar con la explotación económica o con la sociedad de capital; y, asimismo, disponer que se pague en metálico la legítima de los demás herederos, incluso con dinero extrahereditario. Igualmente, —partiendo del hecho que estamos ante una facultad más amplia que la simple partición—, el cónyuge viudo puede realizar adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos al beneficiario, sin necesidad de realizar la partición, como una especie de «datum» a cuenta de la misma⁸⁶.

Aunque la facultad de distribuir lleva la de mejorar insita, como del testamento no se dedujese lo contrario, puede ocurrir que se quiera otorgar tan sólo la facultad de atribuir o adjudicar pero no de mejorar, porque, como hemos señalado, las mejoras de cuota ya las haya determinado el causante en su testamento, limitándose el cónyuge supérstite a partir los bienes según haya dispuesto el causante. O puede que sólo se delegue la facultad de mejorar. Si bien, pese a que la auténtica *ratio legis* del artículo 831 sea la de mejorar, su utilidad solo tiene sentido si ambas facultades concurren, pues, salvo que la distribución signifique la concreción de las cuotas de mejora ya esta-

⁸⁵ VALLET DE GOYTISOLO J., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 415.

⁸⁶ ROBLES PEREA M.A., «El artículo 831 del Código Civil según la redacción dada por la Ley 41/2003», *op. cit.*, p. 162.

blecidas, por lo general la distribución será una de las operaciones básicas para la realización de la mejora⁸⁷. De ahí que el legislador con la nueva redacción pretenda que la operatividad de las mismas por parte del cónyuge supérstite tenga lugar de forma conjunta, dotando de especial protagonismo a la mejora. Para alcanzar tal fin plenamente, la ubicación más correcta de la facultad de mejorar, —partiendo de su carácter amplio—, hubiera sido no la de la mejora, sino entre los preceptos que regulan la partición por el mismo testador (como sucede con el artículo 1056 del Código Civil).

Ahora bien, se ha de observar que tras la reforma del artículo 831 la concesión de la facultad de atribuir o adjudicar viene acompañada de la no exigencia para practicar la partición o asignación, —a diferencia de anteriores redacciones— que el cónyuge o persona delegada actúe según su «prudente arbitrio», aunque en la práctica el resultado va a llegar a ser similar, pues, pese a que no haya exigencia expresa, no impide que la atribución se lleve a cabo con moderación, prudencia y equidad. Se ha de evitar favorecer en exceso a unos y perjudicar a otros. Ante todo se ha de atender por el cónyuge viudo a la hora de distribuir los bienes hereditarios entre los descendientes comunes, a las circunstancias y necesidades de éstos, procurando más que una distribución igualitaria, una distribución que responda a la situación actual de los destinatarios⁸⁸.

c) Liquidación de la sociedad conyugal

En esta materia también el legislador ha variado el criterio que hasta ahora venía manteniendo. Precisamente, antes de la última reforma del año 2003, la liquidación de la sociedad conyugal debía efectuarse entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del causante, y si éstos o alguno de ellos fueran menores de edad, se les debía nombrar un defensor judicial y la formulación de inventario con citación de acreedores.

La nueva redacción que se expresa en los siguientes términos «... y, en general adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar», viene a conceder al cónyuge viudo la facultad de atribuir bienes de la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada, lo que está posibilitan-

⁸⁷ ROVIRA SUEIRO M.E., Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad, Editorial Universitaria RAMÓN ARECES, Fundación Aequitas, Madrid, 2005, p. 78.

⁸⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ X., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid 2004, p. 827.

do en cierta forma a aquél la posibilidad de liquidar unilateralmente la sociedad conyugal disuelta⁸⁹. De ahí que, las adjudicaciones o atribuciones a favor de los descendientes comunes las debe hacer el cónyuge viudo en su propio testamento en el que distribuirá conjuntamente con su propio caudal los bienes del premuerto. Asimismo, sobre la base de lo dispuesto en el párrafo 3º, apartado 3º al establecer que «se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades», se completa aquella facultad liquidatoria con la posibilidad de que el cónyuge viudo pague las disposiciones del causante y las legítimas con adjudicaciones de sus propios bienes, que puede ser o no los que le resulten adjudicados en esa liquidación de la sociedad conyugal.

Tal planteamiento resulta para algunos excesivo pues se daría la circunstancia de que en el cónyuge viudo confluyeran las condiciones de contador-partidor, miembro de la sociedad conyugal (extinta y no liquidada) y representante de la herencia yacente, en su condición de administrador⁹⁰. Quizá como indica Romero-Girón Deleito sería más prudente que «en el caso de que el cónyuge fiduciario desee efectuar la liquidación, que es una opción entregada a su arbitrio, se tomen las medidas pertinentes para evitar el riesgo de impugnación por colisión de intereses, ya sea imponiendo la intervención de los herederos, ya sea designando contador-partidor *ad hoc* por plazo indefinido o exigiendo tasación pericial, salvo el caso de que la liquidación se efectúe adjudicando todos los bienes en proindiviso»⁹¹.

7.3. Elementos formales. Ejecución de la delegación

7.3.1. Forma de ejercicio de la delegación por el cónyuge viudo

El artículo 831.1 establece que las mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición, las adjudicaciones o atribuciones de bienes

⁸⁹ En el mismo sentido, se expresa RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 177.

⁹⁰ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., «El artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1135.

⁹¹ ROMERO-GIRÓN DELEITO J., «El nuevo artículo 831 del Código Civil. La fiducia sucesoria. Una aplicación práctica», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57, enero-marzo 2006, p. 225.

concretos puede llevarlas a cabo el cónyuge viudo «por cualquier título o concepto sucesorio o particiones»; y añade en su párrafo 2 que «estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos».

Con esta nueva regulación, se admite todo tipo de posibilidades. De forma que, la facultad conferida puede ejercitarla el cónyuge viudo por acto *mortis causa* en su propio testamento, o por actos *inter vivos*, en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos con atribución de bienes concretos o de cuotas con asignación de cosa o incluso de cosas con delimitación de cuota⁹².

Ahora bien, cuando estamos ante atribuciones o distribuciones hechas *inter vivos* no cabe duda que por la propia naturaleza del acto, no es posible su revocación, son irrevocables unilateralmente, aunque como precisa Rueda Esteban pueden no obstante «ser resueltas por acuerdo entre el superviviente y el mejorado o beneficiario»⁹³. Por el contrario, las hechas por disposiciones *mortis causa*, —en testamento— son esencialmente revocables atendiendo a la propia naturaleza de la disposición.

Sostiene en esta línea Albaladejo que si la facultad la ejercita el cónyuge viudo en su testamento puede revocarla en testamentos posteriores; y si la ejercita por actos *inter vivos* es irrevocable la mejora en los casos en que habría sido irrevocable de haberla hecho el causante, y en los demás, para los que si la hizo el causante revocable, será revocable⁹⁴.

En todo caso, de optarse por ejercitar la facultad por actos *inter vivos*, y las disposiciones del cónyuge viudo tengan por objeto bienes específicos y determinados, el último párrafo del apartado 1 del artículo 831 señala como efecto esencial que se deriva de tal disposición que «además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa». Una suerte de posesión civilísima.

Tiene, pues, el cónyuge viudo plena libertad para realizar las atribuciones o distribuciones en cualquier de las formas indicadas y de llevar a cabo un ejercicio total o parcial de la fiducia. Como, igualmente, tiene libertad para no ejecutar la misma, pues, no está obligado a realizar el encargo. Si bien, una vez que haga efectiva la elección, y en consecuencia, decida ejercitar la facultad concedida, los efectos

⁹² RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 185-186.

⁹³ RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 186.

⁹⁴ ALBALADEJO GARCÍA M., «El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona», *op. cit.*, p. 18.

de la misma se retrotraerán a la fecha del fallecimiento del causante (artículos 657, 661 y 758.1 del Código Civil).

Ahora bien, en palabras de Vallet de Goytisolo «las mejoras realizadas por el cónyuge comisionado en cualquiera de las formas, no son, ni pueden ser donaciones, puesto que éste actúa mejorando con bienes relictos por el difunto, que integran la herencia de éste. Pero el hecho de que, incorrectamente se diga que dona, no debe afectar a la sustancia del acto que valdrá conforme a su propia naturaleza»⁹⁵.

7.3.2. Forma de ordenarse la facultad conferida o delegada

Si antes de la reforma por Ley 11/1981 sólo se podría pactar en capitulaciones matrimoniales; tras dicha reforma, se amplía la forma de conferirse, además, al testamento.

Con la reforma de 2003 se establece de nuevo una única forma para su ordenación; si bien, ahora solo circunscrita al testamento.

Siendo, como hemos señalado, éste esencialmente revocable; y sin que los cónyuges estén obligados a conferirse recíprocamente tal comisión o encargo⁹⁶.

No obstante, tal forma de proceder del legislador ha sido objeto de crítica en la doctrina. Manifiesta Rivas Martínez que es de lamentar la supresión de las capitulaciones matrimoniales como instrumento público que pueda contener estas disposiciones «pues a través de ellas se podría llegar (y de hecho en la práctica así se hacía) a resultados idénticos, cuando no mejores, que los que se pueden obtener a través del testamento»⁹⁷.

Por su parte, el profesor Rams Albesa entiende que «la fiducia diferida en aquellos capítulos en los que se ha prometido mejorar conforme al artículo 826 del Código Civil, sigue siendo válida y posible, pese a que la letra del nuevo artículo 831.1, párrafo 1º silencia tal posibilidad, pero ni la niega ni en la ley se derogan los artículos relativos a la mejora acordada en capítulos matrimoniales». Y coincide con el

⁹⁵ VALLET DE GOYTISOLO J., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 423.

⁹⁶ Antes de la reforma de 1975, el pacto establecido en capitulaciones era irrevocable. Con la reforma de 1975, al posibilitar la modificación de las capitulaciones después de contraído el matrimonio, se podía modificar o revocar la delegación, siempre que actuaran los cónyuges de común acuerdo, pero sin que cupiera en modo alguno la revocación unilateral de la delegación.

⁹⁷ Después de la reforma de 1981, se mantuvo la posibilidad de revocar la delegación conferida en testamento y también lo era la pactada en capitulaciones matrimoniales, si se revocaba de común acuerdo, no así unilateralmente. Aunque cualquiera de los cónyuges, de hecho, podían dejarlo sin efecto mediante disposiciones por las que directamente mejorara o distribuyera sus bienes.

⁹⁸ RIVAS MARTÍNEZ J.J., *Derecho de sucesiones*, *op. cit.*, p. 492.

maestro Lacruz «en que el nombramiento del fiduciario en capítulos no constituye materia contractual, por lo que puede revocarse tal previsión por testamento, pues esta facultad que se defiere forma parte de la esfera personal del causante, aunque no llegue a ser tan personalísima que no admita delegación». En todo caso, la no mención a los capítulos matrimoniales tal vez deba entenderse por la referencia novedosa en el número 6 del artículo 831 a las personas con descendencia común, no casadas entre sí, es decir, a los convivientes *more uxorio* con descendencia común reconocida como legitimados para conferir tal delegación⁹⁸.

8. LÍMITES DE LA DELEGACIÓN

Los límites sobre los que descansa la delegación residen, por un lado, en las personas que pueden ser beneficiarias que, como indicamos en líneas precedentes, son tanto los hijos como los descendientes comunes del causante y del cónyuge viudo o pareja de hecho, incluso, en palabras de Vallet de Goytisolo, también alcanza a los descendientes nacidos de ulterior grado. Se aprecia la capacidad para suceder de todos ellos, más en el momento cumplirse la ejecución de la fiducia, esto es, de hacerse la oportuna designación que, en el momento de la muerte del causante, pues, aunque el artículo 831 no menciona expresamente, —a diferencia de algunos ordenamientos forales (artículo 133 de la Ley de Sucesiones de Aragón)—, que pueda ser mejorado un *nasciturus*, no por ello impide los términos en que se sustancia su contenido tal posibilidad, ya que el hecho de señalar tal precepto un plazo supletorio, cuando el testador nada a dispuesto al respecto, que puede abarcar toda la vida del cónyuge supérstite —al hacer éste la designación en su testamento—, viene a ofrecer la posibilidad que un nieto nacido con posterioridad al fallecimiento de su abuelo/a, pueda ser mejorado en los mismos términos que lo fuese un heredero fideicomisario⁹⁹.

Y, por otro, se refiere a los legitimarios que no pueden ser perjudicados por el cónyuge viudo, cuando ejercita la facultad delegada, pues, aquél deberá respetar, tanto las legítimas, las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de los descendientes comunes;

⁹⁸ RAMS ALBESA J., en LACRUZ BERDEJO J.L., et al., *Elementos de Derecho Civil, I. V Sucesiones*, *op. cit.*, p. 355.

⁹⁹ En los mismos términos, RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 181-182.

Y el artículo 164.3 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco.

como, las legítimas y demás disposiciones del causante a favor de los descendientes no comunes e incluso de extraños (el caso de legados hechos por el causante a favor de extraños en el mismo testamento en que se otorga la facultad del artículo 831). Veamos ambos supuestos.

8.1. Legítimas, mejoras y demás disposiciones del causante a favor de los descendientes comunes

Dispone el párrafo 1º del apartado 3 del artículo 831 que «el cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de éstos».

Resulta lógica esta limitación, pues la legítima es la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados forzosos (artículo 806 del Código Civil). Tal respeto a las legítimas (legítima corta) no sólo corresponde al cónyuge superviviente en el ejercicio de su facultad de delegación, sino también al propio causante en base al principio de intangibilidad de la legítima¹⁰⁰.

Aunque la previsión de tal limitación supone una reiteración del artículo 813 del Código Civil; sin embargo, como indica Alpañes «puede encontrar un doble fundamento: de una parte, en el deseo del legislador de poner de manifiesto ese necesario respeto a la cuota legítima de los herederos forzosos; de otra, dejar bien patente la diferencia entre este precepto, insito en nuestro Código Civil, y el foral de donde trae causa, en el cual las legítimas tienen entidad mucho

¹⁰⁰ Precisamente, a este respeto, se incluye, asimismo, la no posibilidad por parte del testador de autorizar al cónyuge superviviente para establecer la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado (artículo 782 del Código Civil) «no ya, como señala Albaladejo, porque siendo una facultad tan excepcional deba entenderse que es personalísima, sino porque la facultad que puede delegarse es la de hacer mejoras, lo que puede hacerse a cargo del tercio de mejora o del libre, pero no del de legítima corta». Vid. ALBALADEJO GARCÍA M., «El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante...», *op. cit.*, p. 14.

En sentido contrario, se expresa LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., «El artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1131, cuando afirma que aunque tal posibilidad se concede al testador, puede extenderse también al cónyuge facultado por éste para distribuir la herencia. Y, ante la cuestión relacionada con la materia, de si el cónyuge fiduciario puede gravar con esta sustitución fideicomisaria a favor de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, la legítima estricta de los hijos no comunes del causante, si existieran, señala que «el artículo 831 del Código Civil limita la concesión de la facultad a las mejoras, adjudicaciones y atribuciones a favor de los hijos comunes. Así, parece que si bien el testador puede gravar la legítima de cualquiera de sus hijos o de todos a favor del incapaz, el/la viudo/a facultado por el testador solamente podrá gravar la legítima de los hijos comunes, a favor de su hermano/a judicialmente incapacitado, que también deberá ser común».

menor, no sólo en orden a su cuantía, sino en relación a su forma de pago; por eso, el legislador se ha cuidado mucho de imponer esta limitación»¹⁰¹.

Además de la legítima, en el ejercicio de la facultad de delegación el cónyuge superviviente tiene que respetar las mejoras, que en la redacción dada por la reforma de 1981 como por la de 2003 alcanza tanto a las mejoras hechas por el causante, sea por actos *inter vivos*, o por actos de última voluntad (*mortis causa*) —testamento—. La facultad de mejorar en el respeto de tales mejoras sólo puede alcanzar hasta completar lo que reste del tercio de mejora y del tercio de libre disposición.

E igualmente, el cónyuge viudo ha de respetar las demás disposiciones del causante, entendiendo por tales cualquier disposición del causante *inter vivos* o *mortis causa*, sea dispositiva a título de herencia, legado, fideicomiso, mejora, sustitución fideicomisaria atributiva o valorativa; como los límites nacidos de los pactos sucesorios (artículo 1331 del Código Civil), de promesas de mejorar o de no mejorar (artículo 826 del Código Civil); y las donaciones *inter vivos* realizadas por el difunto con dispensa de colacionar (artículo 1036 del Código Civil). Incluso puede conceder al cónyuge o pareja de hecho sobreviviente algún derecho en la sucesión (así, el usufructo universal en *cautela socini*). Formando todas estas disposiciones el contenido del testamento, que es el reflejo de la voluntad del testador.

De no respetarse en el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge viudo los límites anteriormente descritos (más en concreto, la legítima estricta o la cuota de participación que corresponde en los bienes relictos) el artículo 831.3, párrafo 2º del Código Civil señala que «...el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado». Se establece como efecto ante la extralimitación de los límites impuestos la rescisión de los actos del cónyuge viudo; si bien, con dicho párrafo como indica Rueda Esteban «se induce a confusión, ya que si la distribución del viudo no respetase la legítima estricta de algún descendiente, lo que procedería sería el ejercicio de las acciones de reducción por inoficiosidad de las atribuciones del viudo y no la acción de rescisión que se menciona. Hubiese sido más lógico que el legislador empleara otra terminología en su redacción, por ejemplo, que «se reduzca por inoficiosidad los actos del cónyuge...»¹⁰². No obstante, de resultar perjudicado cuantitativamente en su legítima, el legitimario

¹⁰¹ ALPAÑES E., «La delegación de la facultad de mejorar», *op. cit.*, p. 313.

¹⁰² RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 182.

podrá ejercitar la acción de suplemento de legítima (artículo 815 del Código Civil).

Finalmente, el número 3 incluye en su último párrafo la forma de pago de las legítimas de los hijos comunes. Así dispone dicho párrafo que «se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejerce las facultades».

Se trata de una auténtica novedad en cuanto constituye una excepción a la naturaleza de la legítima, que ha sido en el sistema común tradicionalmente una *pars bonorum*.

8.2. Legítimas y disposiciones del causante a favor de los descendientes no comunes

El párrafo 1 del número 4 del artículo 831 dispone que «la concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común».

El cónyuge viudo debe sobre la base de tal contenido respetar, igualmente, en el ejercicio de las facultades encomendadas las legítimas de los hijos o descendientes no comunes, esto es, sólo del causante (legítima corta). Si bien, el precepto hace referencia a cualquier disposición, de forma que, no sólo se deberán respetar las legítimas, sino también las mejoras que el causante hubiera hecho a favor de aquéllos, y, en general, cuantas disposiciones hubiera determinado el causante a su favor como de extraños, bien se trate de donaciones o legados, que, en todo caso, se imputarán al tercio de libre disposición.

Ahora bien, en este caso, señala el segundo inciso del número 4 que «el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones». Con ello, sin necesidad de que el cónyuge viudo renuncie a la cuota legal usufructuario,

Por su parte, DÍEZ-PICAZO L., y GULLÓN BALLESTEROS A., Sistema de Derecho Civil, *op. cit.*, p. 436, se sorprenden de que no se otorgue una acción de nulidad, sino una acción de rescisión, cuyo régimen jurídico no resulta muy bien conocido y que parece debe asimilarse a la rescisión por lesión en las particiones. En este mismo sentido, RODRÍGUEZ-INYESTO VALCARCE A., «La reforma del artículo 831 del Código Civil por la Ley 41/2003: La delegación de la facultad de mejorar», *Revista Jurídica del Notariado*, Julio-Septiembre 2005, pp. 200-201 para quien hubiera sido más adecuada una acción de nulidad, pues si acudimos a la analogía con la rescisión por lesión, se pregunta el autor «¿habrá de ser ésta en más de la cuarta parte como exige para las particiones el artículo 1074 del Código Civil?»

y salvo que se deduzca otra cosa de la voluntad del causante, se viene a investir a aquél como auténtico contador-partidor para lo que no abarque la facultad del artículo 831; resultando, además, acorde tal planteamiento con la adjudicación contemplada en el artículo 1056 del Código Civil¹⁰³.

En todo caso, de no respetarse por el cónyuge supérstite la legítima de los descendientes no comunes, éstos tendrán la acción de suplemento de la legítima.

Si de lo que se trata es, en cambio, de un supuesto de preterición errónea de quién no es descendiente común, el párrafo 2 del apartado 4 del artículo 831 establece que «cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido».

Supone la consagración de un efecto especial para el caso de preterición no intencional y parcial, pues, en lugar de anular la institución de herederos, como dispone el artículo 814, simplemente se reduce la institución de heredero hasta que se paguen las legítimas, esto es, los derechos legitimarios¹⁰⁴.

De perjudicar el cónyuge viudo a causa de las disposiciones de sus propios bienes en el ejercicio de la opción que le da el último párrafo del número 3 «...con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades», los posibles derechos de sus propios descendientes no comunes, éstos podrán impugnar tales atribuciones por la vía de la inoficiosidad.

9. PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA DELEGACIÓN

En la redacción originaria del artículo 831 nada se indicaba sobre el plazo de que disponía el cónyuge supérstite para ejercer la delegación. Ante la falta de una referencia expresa, la doctrina entendía que se le debería aplicar la regulación asignada al contador-partidor, que es la establecida para el ejercicio del cargo de albacea.

Con la reforma por Ley 11/1981 se adiciona un nuevo párrafo al citado precepto en el que se dispone que «si no se hubiere señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes».

¹⁰³ RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 184.

¹⁰⁴ En este sentido, RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 185.

En la última reforma por Ley 41/2003, se modifica la redacción de dicho párrafo 2 del número 1 del artículo 831 quedando el contenido del mismo de la siguiente forma «*si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes*».

De tal redacción se deduce que el plazo para ejercer la facultad es:

- El que el causante hubiera establecido en el testamento que puede ser un plazo corto o amplio. Este plazo será forzoso para los herederos y voluntario para el cónyuge viudo, pues puede agotarlo o no a su voluntad.
- De haber conferido la facultad al cónyuge sobreviviente para que la ejerza en su propio testamento, el plazo será vitalicio, por toda la vida de aquél. Siendo válido el último testamento que hubiera otorgado.
- Si el causante no ha conferido la facultad al cónyuge sobreviviente para que la ejerza en su propio testamento o no ha señalado en su testamento plazo para ejercerla, el plazo será de dos años desde la apertura de la sucesión o en su caso desde la emancipación del último de los hijos comunes, sin incluir en esta expresión a los descendientes ulteriores (nietos). Esta última posibilidad responde a la idea que el fiduciario no tiene que elegir aún entre los hijos comunes cual resultará beneficiado/s, mientras las circunstancias objetivas no le permitan ponderar, —al existir precisamente hijos menores de edad no emancipados—, las cualidades, aptitudes y necesidades de éstos.
- Si el causante hubiera nombrado a su cónyuge como usufructuario universal, el plazo será, igualmente, vitalicio (artículo 820.3 del Código Civil).
- Por último, en el caso de haber ordenado el causante en testamento que continúe la comunidad en su herencia en los términos del artículo 1051.2º, el plazo será el que marca el citado precepto, pues ésta resulta ser la voluntad del testador.

La voluntad del causante prima en la fijación del plazo, lo que responde a la finalidad que se persigue con esta institución. Así, por una parte, se posibilita la protección del discapacitado como posible beneficiario de la mejora, al dotar al cónyuge supérstite de más tiempo para apreciar las necesidades de aquél; y, por otra, también se permite que la decisión de la transmisión íntegra de la empresa familiar esté lo suficientemente meditada, al contar el cónyuge sobreviviente, igualmente, con más tiempo para apreciar precisamente las cualida-

des, aptitudes o experiencia profesional del que será el adjudicatario de la misma. Se trata de un plazo de caducidad, transcurrido el cual ya no pueden ejercitarse las facultades otorgadas válidamente.

Ahora bien, fijado el plazo para hacer efectiva en los términos vistos la facultad delegada, se plantea la cuestión de cuándo pueden reclamar los legitimarios su legítima estricta. La mayor parte de la doctrina entiende que lo será una vez transcurra el plazo señalado expresamente por el causante, o el supletorio marcado por el artículo 831; y en los supuestos de los artículos 1051 y 820.3 del Código Civil una vez hayan sido cumplidas las normas correspondientes¹⁰⁵.

10. LA SITUACIÓN DE LA HERENCIA HASTA EL CUMPLIMIENTO DE LA COMISIÓN O ENCARGO POR EL CÓNYUGE SUPÉRSTITE O PAREJA DE HECHO SOBREVIVIENTE. PERÍODO DE PENDENCIA.

Durante el período que tiene lugar entre el fallecimiento del causante y el cumplimiento efectivo del encargo por parte del cónyuge supérstite o pareja de hecho sobreviviente se produce una situación de

¹⁰⁵ Vid. VALLET DE GOYTISOLO J., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 425; Romero Girón Deleito J., «El nuevo artículo 831 del Código Civil. La fiducia sucesoria. Una aplicación práctica», *op. cit.*, pp. 223-224, quien añade, asimismo, como argumentos que: «1º. La entrega de bienes en pago de legítima podría frustrar parcialmente la finalidad pretendida por el artículo 831, pues nada impide que el cónyuge fiduciario haga uso de esos bienes para establecer, en beneficio del futuro discapacitado, la sustitución fideicomisaria que prevé el propio artículo 813, novedad introducida por la propia Ley 41/2003; 2º. El apartado 3 del artículo 831 dice que el cónyuge, al ejercitar sus facultades, «deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes», con lo que parece dar por supuesto que éstos no las han podido exigir hasta entonces, debiendo bastarles con la garantía legal de que el cónyuge fiduciario deberá respetarlas; 3º. Más claro parece estar en el apartado 4 del mismo precepto, relativo al supuesto de descendiente no común. En tal caso, la concesión de facultades al cónyuge fiduciario «no alterará el régimen de las legítimas». Ya no habla de respeto (a la cuantía) de las legítimas, sino de no alteración del régimen de las legítimas. El descendiente no común, a diferencia de los comunes no ve alterado su régimen. Esta alteración del régimen a los hijos comunes es la nueva excepción que el artículo 831 impone al artículo 813».

Precisa, no obstante, RUEDA ESTEBAN que «si bien es cierto que a favor de los minoritarios está la circunstancia de la situación injusta que se puede producir cuando el plazo, conforme todas las posibilidades vistas se alarga de manera exagerada; no obstante, si tenemos en cuenta el espíritu actual de la norma y las finalidades de protección del patrimonio del discapacitado y de transmisión de la empresa familiar, parece que esto es lo que pretendió el legislador». Vid. RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 189.

En contra de este sentir mayoritario, se expresa ROBLES PEREA M.A., «El artículo 831 del Código Civil según redacción dada por la Ley 41/2003...», *op. cit.*, p. 167, para quien «el causante tiene absoluta libertad de fijación de plazo porque las legítimas no se ven afectadas por el ejercicio de estas facultades, siendo uno de los límites de éstas, por lo que cualquier legitimario podrá desde el primer momento solicitar y obtener su legítima, que podrá ser pagada con bienes propios del cónyuge favorecido por la delegación».

yacencia hereditaria, en la que en palabras de Lacruz Berdejo, «se sabe quiénes son los sucesores, pero no la proporción en que lo será cada uno, ni el título por el que sucederán»¹⁰⁶. Todos los descendientes para Alpañes «son posibles beneficiarios, aunque hipotéticos y en participaciones indeterminadas: su incertidumbre afecta no sólo al hecho de ser designado, sino también al *quantum* de la disposición»¹⁰⁷. De ahí que, como indica Seco Caro «mientras dura la comunidad hereditaria, los herederos son titulares de una cuota indefinida e indeterminada (más exacto sería decir, *no tienen cuota definida ni determinación*), ya que la cuantía de la parte correspondiente a cada uno debe ser definida por voluntad del viudo»¹⁰⁸. Cuando éste precisamente concrete dicha situación, haciendo efectivo el encargo (comisión) «al menos uno de los coherederos será por necesidad el definitivamente beneficiario»; si bien, en tanto esto sucede «todos son potenciales favorecidos en parte indeterminada»¹⁰⁹; existiendo al afecto «una delación pluripersonal y simultánea a favor de aquéllos, si bien en condiciones de provisionalidad, pues, el llamamiento indeterminado y genérico no permite por el momento la perfección del derecho hereditario en orden a su adquisición»¹¹⁰.

En esta especial situación de pendencia, se van a plantear problemas en cuanto a la administración y disposición de los bienes del caudal hereditario que pasamos a analizar.

10.1. La administración de la herencia «yacente»

Con anterioridad a la última reforma por Ley 41/2003, la doctrina se encontraba dividida entorno a quién correspondía la administración del caudal hereditario.

Así, para una parte de aquélla, se estimaba que correspondía la administración a los dueños o coherederos, en común. Si hay menores de edad, precisaba Seco Caro «corresponderá al padre sobreviviente la administración en su nombre concurriendo con los hijos mayores de edad plenamente capaces, siempre que conserve la patria potestad». Siendo necesario para cualquier acto de administración, añadía el citado autor, «el acuerdo unánime de los coherederos, ya

¹⁰⁶ LACRUZ BERDEJO J.L., y ASIS SANCHO REBULLIDA FCO., *Derecho de sucesiones*, op. cit., p. 70.

¹⁰⁷ ALPAÑES E., «La delegación de la facultad de mejorar», op. cit., p. 326.

¹⁰⁸ SECO CARO E., *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, op. cit., pp. 199-200.

¹⁰⁹ ANNO ELFGEN, «La mejora en el vigente derecho español», op. cit., p. 25.

¹¹⁰ DÍAZ FUENTES A., «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa», op. cit., p. 891.

que se desconoce cómo se formará la mayoría del capital que exige el artículo citado»¹¹¹. Sin embargo, para Lacruz Berdejo no resultaba exigible la unanimidad, sino la mayoría para administrar que «habría de formarse teniendo en cuanto la participación abintestato de cada heredero». Coincidiendo, no obstante, en señalar que «en tanto no se verifique la elección, la gestión del caudal relicto se realizará por los herederos presuntos»¹¹². No faltaba quien a la hora de definir la actuación de los herederos en la gestión, al no conocer las cuotas de los mismos, y en defecto de acuerdo unánime, señale la necesidad de acudir en súplica al Juez, conforme dispone el artículo 398.3 del Código Civil para que nombre un administrador¹¹³.

Para otra parte, por contra, se optaba por considerar que correspondía al cónyuge superviviente la administración, pues tenía una facultad fiduciaria y como precisaba Garrido de Palma «no para su beneficio y en propio interés, sino en el de la familia; derecho-deber o función en definitiva que el Código establece porque confía en el buen hacer, la autoridad y la prudencia del cónyuge viudo»; y por analogía con el criterio de las Leyes 281 y siguientes de la Compilación Navarra y en el artículo 115 de la catalana, considera que «la administración normal u ordinaria y los actos puramente conservativos no le deben ser ajenos, y que en cuanto a los frutos debe percibirlos él, aunque no para su provecho evidentemente, sino para la comunidad hereditaria»¹¹⁴.

Lo cierto es que la cuestión antes de la reforma de 2003 era especialmente controvertida y estaba lejos de responder a una solución clara en el seno de la doctrina. En este contexto, si el causante hubiera conferido al cónyuge viudo el usufructo universal del artículo 820.3 del Código Civil; o el encargo de realizar la administración o la orden de indivisión del artículo 1051.2 del citado cuerpo legal, podría tener soporte jurídico la administración por parte del cónyuge viudo; fuera de tales casos, y salvo el ejercicio de su patria potestad respecto de sus hijos menores de edad en la hipótesis del artículo 831 o en el de auto-

¹¹¹ SECO CARO E., *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, op. cit., pp. 200-201.

¹¹² LACRUZ BERDEJO J.L., y ASIS SANCHO REBULLIDA FCO., *Derecho de sucesiones*, op. cit., p. 70.

En esta misma línea, se expresan ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho de sucesiones*, op. cit., p. 253; VELÁZQUEZ VIOQUE S., *La mejora en el Código Civil español*, DYKINSON, Madrid 2003, p. 66, quien, además de señalar que lo más sencillo, en este caso, es conceder la administración a los legitimarios que son los únicos realmente investidos con la condición de herederos; dispone que, en su caso, éstos deberán rendir cuentas con posterioridad «si por su mala gestión del patrimonio relicto se ha producido la imposibilidad de dar cumplimiento a la fiducia».

¹¹³ DÍAZ FUENTES A., «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa», op. cit., p. 892.

¹¹⁴ GARRIDO DE PALMA V.M., «Visión notarial del artículo 831 del Código Civil», op. cit., p. 387.

rización tácita de los hijos comunes, que «normalmente aceptarán por el peso de las facultades conferidas al cónyuge comisionado», no podría tener lugar aquella¹¹⁵.

Hoy en el nuevo texto tal cuestión queda resuelta al establecer en el artículo 831.2 que «corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior». Por tanto, durante el período de «yacencia hereditaria» —que corresponderá a todo el plazo fijado para el ejercicio de la facultad delegada— se sabe quienes son los sucesores, pero no la proporción en que lo será cada uno, ni el título por el que sucederán, resultando, no obstante, claro el hecho que la administración es a cargo del cónyuge viudo.

Ahora bien, nada se indica en la nueva redacción acerca del alcance atribuible a la facultad de administrar el caudal relicto, otorgada al cónyuge superviviente. Opta Rueda Esteban por darle a esta administración un carácter amplio y extraordinario y trasladar al ámbito del Derecho común lo dispuesto en algunas legislaciones forales¹¹⁶. Así, entre las funciones que corresponden al fiduciario como administrador, disponen los artículos 136 y 137 de la Ley de Sucesión por Causa de Muerte en Aragón que están: la de pagar con cargo al caudal relicto alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante; y las deudas y cargas de la herencia; abonar los gastos de conservación de los bienes, los tributos, y primas de seguro u otros gastos a que se hallen afectos aquéllos; cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de fianzas y derechos que los garanticen y realizar cualesquiera otros actos propios de todo administrador; o que le haya podido atribuir el causante de forma expresa.

10.2. La disposición de los bienes durante la situación de pendencia

Antes de la reforma de 2003, la doctrina se encontraba dividida sobre si era posible durante esta situación de pendencia, la realización de actos de disposición sobre la herencia.

¹¹⁵ VALLET DE GOYTISOLO J., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 428.

¹¹⁶ RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 197.

Asimismo, RIVAS MARTÍNEZ señala que ha de ser «una gestión adecuada, pero en modo alguno estática. Se busca una administración dinámica que beneficie tanto a los bienes que forman el caudal afectado por esas facultades como al todo en general, y que resulte favorable a quien en definitiva va a ser el destinatario de los bienes. Así, parece lógico pensar que el cónyuge ha de observar la diligencia de un buen padre de familia (artículo 1094) lo que lleva a una conservación dinámica y diligente de los bienes sobre los que penden esas facultades». *Vid.*, RIVAS MARTÍNEZ J.J., *Derecho de sucesiones*, *op. cit.*, p. 494.

Para unos ningún acto de disposición podría tener lugar en este período, ni siquiera de la cuota hereditaria¹¹⁷.

Para otros, aunque no se admitía la disposición de una cuota fija en la herencia, sin embargo, sí se permitía la de bienes concretos, siempre y cuando tal acto de disposición tuviera lugar conjuntamente por todos los hijos comunes¹¹⁸.

Finalmente, no faltaban quienes consideran que no solo es posible la disposición de bienes concretos, sino también de una cuota de la herencia, esto es, de la posición del heredero, aún desconociendo el resultado final de la distribución o mejoras que realice el cónyuge superviviente; siendo necesario para que sea válida la transmisión, además del consentimiento de los hijos comunes, que concurra el cónyuge viudo y dé su aprobación a la enajenación¹¹⁹.

Tras la reforma por Ley 41/2003 el cónyuge fiduciario está facultado para disponer de bienes específicos y determinados que componen el caudal relicto entre los hijos y descendientes, pero no frente a terceros (artículo 831.1, párrafo 3). De forma que, ninguna disposición de los hijos por sí solos, aunque concurren todos los posibles mejorados, podrá transmitir nada si no es con la aprobación del viudo o la viuda¹²⁰. Resulta imprescindible la disposición del cónyuge superviviente para conferir la propiedad de un bien al hijo o descendiente favorecido.

Sin embargo, para que la disposición de bienes hereditarios resulte eficaz frente a terceros, tanto si, además de descendientes comunes, existen o no descendientes no comunes, «se necesitará el consentimiento de todos los legitimarios, de los herederos nombrados por el fallecido en su testamento, e incluso de los herederos nombrados por el propio fiduciario, en su caso, que pueden no ser legitimarios, por supervivencia de ascendientes que sea descendiente de mejor grado del causante (el fiduciario instituye heredero a un nieto, en vida de su progenitor)»¹²¹.

11. EXTINCIÓN DE LA DELEGACIÓN. CAUSAS

Son las causas de extinción para la doctrina las siguientes:

¹¹⁷ DÍAZ FUENTES A., «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa», *op. cit.*, p. 891.

¹¹⁸ ALPÁÑES E., «La delegación de la facultad de mejorar», *op. cit.*, p. 328.

¹¹⁹ GARRIDO DE PALMA V.M., «Visión notarial del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 387.

¹²⁰ RUEDA ESTEBAN L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 198.

¹²¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., «El artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1142.

1. El cumplimiento del plazo fijado durante el cual puede hacer uso o no de la facultad delegada por parte del cónyuge viudo o pareja de hecho sobreviviente.
2. Cumplimiento del encargo, esto es, el uso de la facultad delegada por parte del cónyuge viudo o pareja de hecho sobreviviente.
3. La no existencia de hijos o descendientes comunes, tanto en el matrimonio como en el seno de la pareja de hecho.
4. La muerte o declaración de fallecimiento del cónyuge viudo o la pareja de hecho sobreviviente, sin haber ejercido la facultad, al ser ésta de carácter personalísimo.
5. Cuando al fallecimiento del testador hubiera demanda de separación pendiente de resolución o estuvieran los cónyuges separados legalmente. Tal separación matrimonial impide al cónyuge sobreviviente el ejercer la facultad conferida.
6. La nulidad matrimonial.
7. Igualmente, el divorcio, pues, al suponer la disolución del matrimonio, tal efecto determina la extinción de la facultad delegada o impide su ejercicio.
8. La ruptura de la convivencia por parte de la pareja de hecho, pues, como en los anteriores supuestos, se pierde la confianza que constituye la base del otorgamiento de la delegación.
9. Las causas contenidas en el número 5 del artículo 831 como son que: el cónyuge o pareja de hecho sobreviviente mantengan una relación de hecho análoga al matrimonio; o que tenga algún hijo no común después del fallecimiento del causante, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa en el testamento.
10. La incapacidad judicial del cónyuge o pareja de hecho sobreviviente.
11. La declaración de indignidad o deshonoración sucesoria. El cónyuge viudo pierde la posibilidad de llevar a cabo la delegación cuando ha sido justamente desheredado por el causante; e igualmente, la pierde tanto el cónyuge como la pareja de hecho sobreviviente, cuando son declarados indignos para suceder al causante otorgante de la facultad.
12. Teniendo presente que el otorgamiento de la facultad sólo tiene lugar en testamento, la revocación del que la contiene y la no fijación de aquélla como parte del contenido en un testamento posterior, determina su extinción.
13. Igualmente, la renuncia por parte del cónyuge viudo o pareja de hecho sobreviviente antes de proceder al ejercicio de la facultad.

14. La desaparición completa del patrimonio del causante; lo que puede suponer la pérdida total de los bienes de la herencia.

12. LA CONEXIÓN DEL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS DEL DERECHO SUCESORIO.

12.1. El artículo 831 del Código Civil y la adjudicación de la empresa o explotación familiar del párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil.

Dispone el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil reformado por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa que *«el testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono en efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado, aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiese establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y el párrafo primero del artículo 844»*.

Se permite al testador, con el objeto de conservar la empresa familiar, que al partir adjudique la explotación económica o el paquete del control de una sociedad de capital o grupo de éstas a la persona que considere más adecuada para la continuación al frente de la misma, pagando en metálico la legítima de los herederos.

En este contexto, cabe preguntarse si puede el cónyuge viudo en uso de la facultad del artículo 831 del Código Civil, adjudicar la empresa familiar o establecimiento mercantil en los términos del artículo 1056.2 a cualquiera de los hijos o descendiente comunes.

Frente a quienes como Huerta Trólez se inclinan por una respuesta negativa, argumentando que «tanto el artículo 841 como el 1056 atribuyen en exclusiva al testador y al contador-partidor autorizado por aquél la facultad de pago de las legítimas, y no mencionan al cón-

yuge que tenga conferida la fiducia sucesoria»¹²², nos inclinamos por la respuesta afirmativa mayoritariamente acogida. Así, como manifiesta Garrido de Palma, el fundamento del artículo 831 es la delegación fiduciaria. Y con tal precepto, estamos ante la autorización al cónyuge superviviente para mejorar y adjudicar... Como si lo hiciera el testador, su *alter ego* que es aquél puede igualmente llevarlo a cabo por sí mismo; no como contador partidor, ni en representación del difunto; sino en su propio nombre, ya que es una delegación fiduciaria otorgada por su difunto consorte¹²³.

Por tanto, nada impide al cónyuge superviviente que utilice la adjudicación del artículo 1056.2, sobre la base de la delegación fiduciaria otorgada expresamente por el causante en su testamento; si bien para la determinación de su alcance, debe atender al ámbito subjetivo del artículo 831; de forma que sólo podrá atribuir la empresa familiar al círculo de destinatarios que son los hijos o descendientes comunes.

12.2. El otorgamiento de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil sometida a una carga modal

Es posible que el testador decida acompañar al otorgamiento de la concesión de la facultad de mejorar de una carga modal. El contenido de la misma puede ser variado, así se puede dar instrucciones sobre cuál de los hijos o descendientes comunes deba ser mejorado siempre que se cumpla con ciertas exigencias, como pueden ser asumir el acogimiento o cuidado de una persona discapacitada, ya sea hermano, o cualquier otro pariente discapaz; o en el caso de la sucesión en la empresa familiar hasta que se determine quiénes serán los continuadores de la misma, se encauce la actividad jurídico-económica de aquélla cumpliendo con determinadas exigencias impuestas por el causante en el testamento relativas a: reparto de dividendos; exigencia de determinadas inversiones mínimas que posibiliten el mantenimiento de la misma; control de las condiciones de gestión e inversión impuestas por el causante, etc..

¹²² HUERTA TRÓLEZ A., «La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 50, abril-junio 2004, p. 112.

¹²³ GARRIDO DE PALMA V.M., «Los actuales artículos 831 y 1056.2º del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 55, Julio-Septiembre 2005, p. 133.

En términos similares, se expresa Rueda Esteban L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *op. cit.*, p. 203.

13. CONCLUSIÓN

El artículo 831 del Código Civil tras la reforma por Ley 41/2003 no sólo representa una forma de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad, sino también posibilita la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar, preservándola de forma íntegra, a la par que favorece la posición del cónyuge viudo al proporcionarle una situación especialmente ventajosa.

Su actual redacción, tal como hemos puesto de manifiesto a lo largo de nuestro estudio, viene a dotar a la institución de importantes novedades, a las que simplemente haremos sucinta referencia a modo de conclusión en esta parte final de nuestro análisis.

Así, con respecto a lo que representa su ámbito subjetivo, por un lado, se establece que la facultad de mejorar no sólo se concede al cónyuge mientras subsista el matrimonio, —tal como era el criterio tradicionalmente asentado en la redacción del precepto desde su origen—, sino que también alcanza a la persona con la que el causante tiene una relación análoga a la conyugal (pareja de hecho); o con la que simplemente comparte una descendencia común. Y, por otro, se posibilita que los beneficiarios sean no sólo los hijos comunes, sino también los descendientes ulteriores, aunque no sean legitimarios.

En cuanto a su contenido, de forma expresa se señala que la facultad de mejorar comprende también el tercio de libre disposición. Se impone como límites a su ejercicio el respeto a las legítimas y demás disposiciones del causante respecto de los hijos o descendientes comunes; a la par que se posibilita al cónyuge viudo el que pueda llevar a cabo las mejoras, adjudicaciones o atribuciones además de con sus propios bienes, con los que integran la sociedad conyugal disuelta y aún sin liquidar. Precisamente, las disposiciones del cónyuge o pareja de hecho que tengan por objeto bienes específicos y determinados, una vez aceptados por los beneficiarios, conllevan, además de la atribución de la propiedad de los mismos, la de su posesión civilísima.

Igualmente, —si bien referido a los hijos o descendientes no comunes—, la concesión de la facultad de mejorar al cónyuge o pareja de hecho no alterará el régimen de las legítimas, ni las disposiciones del causante con relación a aquellos. No obstante, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido podrá actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a dichas disposiciones o legítimas.

El que existan hijos no comunes sean del causante o de su cónyuge o pareja de hecho no impedirá la delegación de la facultad de mejorar.

En el campo estrictamente formal se impone la forma testamentaria como única opción para delegar tal facultad, bien en el plazo que indique el testador en su testamento, o, bien autorizando expresamente al cónyuge viudo o pareja de hecho sobreviviente para que lo lleven a cabo en el suyo propio, adquiriendo con tal opción carácter vitalicio el otorgamiento de la delegación; o en fin, no existiendo indicación expresa relativa a los extremos indicados, el precepto fija como plazo legal el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, de la emancipación del último de los hijos comunes.

Finalmente, en tanto se ejercita por el cónyuge o pareja de hecho sobreviviente la facultad de mejorar, la herencia se encuentra en una situación de pendencia, correspondiendo a aquellos la administración de la misma durante dicho periodo.

SOBRE EL CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN EN LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO HISPÁNICO. UNA REFLEXIÓN HISTORIOGRÁFICA SOBRE LOS ASPECTOS JURÍDICO-POLÍTICOS DE LA «CONSULTA AL PAÍS»: 1809-1810

POR
DAVID AGRAT GARCÍA¹

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ORIGENES DE LA «CONSULTA AL PAÍS». EL REAL DECRETO DE 22 DE MAYO DE 1809. 3. LOS CUATRO GRANDES MODELOS DE REPRESENTACIÓN PROYECTADOS EN LOS INFORMES Y MEMORIAS DE LA «CONSULTA AL PAÍS». 3.1. La fundamentación historicista del futuro orden jurídico-político. Fidelidad y reforma de la tradición. 3.1.1. El valor constituyente de la tradición constituida. 3.1.2. Objetivos. 3.1.3. El valor de la tradición. 3.2. Tradición y territorio. Representación en cortes de las juntas provinciales. 3.3. Revolución y territorio. La fundamentación corporativo-territorial de la «nación». 3.3.1. Respeto a la tradición pero sin someterse exclusivamente a ella para construir la «Nación» y hacer frente a los peligros que la amenazan. 3.3.2. Crítica de la antigua representación. 3.3.3. Imposibilidad de construir la nación sobre la base de las diferencias provinciales. Necesidad de reunir todos los esfuerzos en la «nación». 3.3.4. El diseño del nuevo modelo de representación. Reunión de las Cortes y cultura política de libertades. 3.3.5. Forma de elección. 3.3.6. Derecho de sufragio activo. 3.3.7. El concepto de la «representación nacional» y la limitación del poder de sus representantes como garantía de las libertades de la misma nación. Naturaleza jurídica del mandato representativo: los «poderes» de representación. 3.3.8. Límite temporal. 3.3.9. América. 3.3.10. Recapitulación. 3.4. Pueblo y revolución. La fundamentación corporativo-territorial de la «nación». 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La «Consulta al país» constituye un ámbito de conocimiento fundamental para estudiar el origen del tránsito —lento, costoso y lleno de reveses— de la Edad Moderna a la Contemporánea, del Antiguo Régimen al Estado liberal, de la Monarquía absoluta a la Monarquía constitucional. Se trata, por tanto, de un ámbito de investigación esencial para el conocimiento de nuestra Historia Contemporánea. La

¹ El autor es Licenciado (y doctorado) en Derecho, así como Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Es miembro del Cuerpo de Técnicos Superiores de la Administración General de la Comunidad de Madrid, así como funcionario del Cuerpo de Gestión del Estado. Fue becario-profesor del Programa Nacional de Formación del Profesorado Universitario (FPU) en la Facultad de Derecho de la UAM durante el período 1998-2001.

trascendencia del conocimiento de este conjunto de fuentes históricas viene determinada por varios motivos.

Los informes y memorias de la «Consulta» constituyen, en primer lugar, una de las más ricas expresiones de la «producción intelectual» —empleada en el sentido reivindicado por R.D. KELLEY—² del período histórico 1809-1810, desarrollados al calor de una inusitada, radicalmente novedosa y todavía limitada libertad de prensa que logró generar una incipiente opinión pública³.

Su relevancia como fuente esencial de conocimiento histórico de la producción intelectual de este período, radica en el hecho de que la «Consulta al país» determinó poderosamente el debate intelectual y político de aquellos años, como consecuencia de haber logrado plantear, sintetizar o esquematizar —en los supuestos contenidos en el art. 3 del Real Decreto de 22 de mayo de 1809—,⁴ los problemas principales a los que se enfrentaba el país.

En segundo lugar y principalmente, porque constituye una fuente de conocimiento de primera mano para el estudio de la producción intelectual de la época, construida bajo los instrumentos conceptua-

² La perspectiva metodológica de esta investigación se aleja de la filosofía analítica por una razón principal: el carácter escasamente elaborado a nivel teórico-político y jurídico de la inmensa mayoría de las memorias e informes que constituyen el material de la «Consulta al país», impiden recurrir a las técnicas de análisis de la Filosofía analítica, que exige un grado más elevado de desarticulación teórica. Es por ello que nuestro estudio se ha centrado en una perspectiva metodológica dirigida más a la comprensión histórica como conjunto que a la coherencia interna de los discursos. Se trata, por consiguiente, de una postura metodológica cercana a la propuesta por D.R. KELLEY: «La historia intelectual no es hacer «filosofía» de modo retrospectivo (igual que no es hacer crítica literaria); supone hacer un tipo, o distintos tipos, de interpretación histórica en los que la filosofía y la literatura no se configuran como métodos controladores, sino como creaciones humanas que sugieren las condiciones de la comprensión histórica» («What is Happening to the History of Ideas?», *Journal of the History of Ideas*, 51, 1, pp. 2.25; cfr. F. VALLESPÍN, «El pensamiento en la historia: aspectos metodológicos», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 13 (1992), pp. 151-178, espec. p. 152).

³ Con ello se generaba un instrumento, no sólo de debate y reflexión ilustrada sobre el futuro jurídico-político de la Monarquía, sino también y principalmente de influencia ideológica y de acción política. Los sectores liberales de la Junta Central (agrupados en torno a QUINTANA y posteriormente de la «Juntilla»), se sirvieron de la prensa para generalizar en la opinión pública la necesidad de convocación de Cortes no estamentales; al igual que el sector tradicionalista utilizó la libertad de prensa para su defensa de una convocación de Cortes estamentales y bicamerales planteada por JOVELLANOS; como en su caso hicieron los reaccionarios, en su defensa de la constitución de una regencia reducida que ocupase interinamente el gobierno hasta el regreso de FERNANDO VII (vid.: R. RICO LINAGE, «Constitución, cortes y opinión pública», *AHDE*, LXVII (1997), vol. I, pp. 799-819).

⁴ Expresión de este la influencia (casi monopolística) con que las materias establecidas en la «Consulta» lograron centrar y dirigir el debate y la reflexión pública del período podemos encontrarla en la siguiente confesión: «Si alguno hubiera dicho a los principios de Octubre pasado, que antes de cumplirse un año tendríamos la libertad de escribir sobre reformas de gobierno, planes de constitución, examen y reducción del poder, y que apenas se publicaría escrito alguno en España que no se dirigiese a estos objetos importantes; hubiera sido tenido por hombre falto de seso» [cfr. R. RICO LINAGE, «Revolución y opinión pública: el Seminario patriótico en 1808», *HID*, 25 (1998), pp. 577-603, espec. 586].

les del Antiguo Régimen —que actúan como «campo simbólico» de la sociedad española de principios del XIX—, pero en la que comienzan a aparecer los frutos de la intensa labor desarrollada desde finales del siglo XVIII por un grupo reducido pero significado de personalidades que lograron introducir determinados principios ilustrados en una cultura construida sobre la base de los esquemas conceptuales socio-estamentales, aunque careciendo del radicalismo rupturista que experimentara la Francia revolucionaria de 1789, dado que la ocupación militar por los ejércitos napoleónicos impide seguir abiertamente el modelo francés y exige recurrir a la propia tradición para justificar la introducción de unas reformas abiertamente contrarias a las tradiciones jurídicas en las que discursiva e ideológicamente trata de hallarse acomodo y fundamentación.

Las fuentes históricas de la «Consulta al país»⁵ ofrecen una valiosa visión de conjunto del pensamiento jurídico-político del momento, pensamiento que se contiene en cuatro ámbitos distintos: por un lado, en las distintas formas de expresión de una opinión pública incipiente y todavía no liberada de algunos elementos estructurales del Antiguo Régimen (periódicos, revistas, «gazetas», folletos, proclamas, panfletos, comunicaciones); la documentación elaborada por los órganos de gobierno, la Junta Central y sus «Juntas auxiliares», las Juntas Provinciales, los Consejos mientras subsisten permite, en segundo lugar, obtener una (heterogénea) visión de las ideas defendidas tanto por las instituciones del Antiguo Régimen como por las creadas a resultas del vacío de poder regio; la doctrina (la reflexión científica elaborada por los juristas) y las concepciones de los autores políticos constituiría un tercer ámbito de conocimiento; por último, habría que recurrir a la correspondencia y a las biografías y memorias de los principales protagonistas de aquel período histórico para complementar todo lo anterior, y poder obtener con ello una visión «razonable» del período objeto de estudio.

⁵ Los informes y las memorias elaborados a resultas de la «Consulta al país» se encuentran archivados en distintas sedes, algo coherente con la enorme dispersión de las fuentes de este período histórico. La delimitación del objeto material de esta investigación nos llevó a centrar nuestros esfuerzos en la prospección del Archivo del Congreso de los Diputados (ACD), en el que se conservan más del 95% de los informes oficiales y particulares de la «Consulta». Esta circunstancia nos impone recurrir a la exploración, aunque sea selectiva y condicionada a las posibilidades materiales y temporales de la investigación, de otros fondos históricos relevantes para el estudio historiográfico de nuestro objeto y período de estudio. Las sedes que albergan las fuentes históricas relevantes para el estudio de la representación en el período 1808-1810 son: la «Colección del Fraile» del Servicio Histórico Militar; la Colección «Gómez de Arce» del Archivo del Senado, el Archivo de la Corona de Aragón; la «Colección Gómez Imaz» de la Biblioteca Nacional, así como el Archivo del Congreso de los Diputados.

En el marco de este conjunto de materiales de investigación la «Consulta al país» posee una gran relevancia, por cuanto supone una escala intermedia que comunicaría la opinión pública con los sectores institucionales de opinión. Lo que permite relacionar la forma en que se identifican y plantean los problemas a nivel «oficial» o «institucional» —es decir, por la Junta Central mediante el Real Decreto de 22 de mayo de 1809—, con la forma en que esos mismos problemas son comprendidos por parte del aparato institucional y las autoridades del Antiguo Régimen (Consejos, Chancillerías, Audiencias), por las Juntas territoriales creadas a raíz del vacío de poder subsiguiente a la ocupación militar francesa (Juntas Provinciales), por las instituciones locales (ayuntamientos) y las autoridades religiosas (obispos y sus cabildos), así como por la opinión de aquellos que, al amparo de una libertad de prensa instalada ajurídicamente,⁶ creían tener algo que decir sobre esta cuestión (profesores universitarios, clérigos, fiscales).

Por tanto, las fuentes históricas de la «Consulta al país» constituyen un material adjetivamente adecuado para la investigación (por su acotación, pese a constituirse todavía a día de hoy en materia parcialmente abierta), y sustantivamente imprescindible para el conocimiento del tránsito de la modernidad a la contemporaneidad, del Antiguo Régimen al Estado liberal, de la Monarquía absoluta a la Monarquía constitucional,⁷ para el estudio de los orígenes del constitucionalismo gaditano (y por ende de toda la Historia Constitucional), así como para el conocimiento de la Revolución burguesa⁸. Se trata por tanto, y a pesar de su distancia en el tiempo, de una fuente

⁶ Sobre las condiciones estructurales de restricción represiva de la «opinión pública» —si es que puede extenderse la referida noción a este período— en el Antiguo Régimen (concepción de la publicación como privilegio concedido a editor y autor, censura previa y sometimiento a responsabilidad, en todo momento, de los autores, editores y distribuidores) vid.: P. CRUZ VILLALÓN, *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980, pp. 73-8.

⁷ Para el caso inglés vid.: C. H. McILWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno* (trad. de J. J. SOLOZÁBAL), CEC, Madrid 1990.

⁸ Existen bibliotecas enteras sobre la Revolución liberal en España, escritas desde distintas perspectivas materiales (historia general, política, social, económica, jurídica, filosófica, etc), territoriales (nacional, regional, local, etc), e ideológicas (reaccionaria, conservadora, liberal y comunista). Ofrecer una visión siquiera mínima de esta bibliografía es sin duda una temeridad; pese a ello citaremos cuatro obras a título meramente orientativo: C. MARTÍ, «Afianzamiento y despliegue del sistema liberal», en VV.AA., *Revolución burguesa. Oligarquía y caciquismo (1834-1923)*, *Historia de España* dirigida por M. TUNÓN DE LARA, vol. VIII, Labor, Barcelona 1983, pp. 171-268; ARTOLA, *Los orígenes de la España contemporánea*, CEC, Madrid 1975; B. CLAVERO, P. RUIZ TORRES y E. J. HERNÁNDEZ MONTALBÁN, *Estudios sobre la revolución burguesa en España, Siglo XXI de España Editores*, Madrid 1979; y VV.AA., *Antiguo Régimen y liberalismo. Homenaje a Miguel Artola. I. Visiones generales*, Alianza/ UAM, Madrid 1994.

de conocimiento histórico fundamental para conocer el origen de nuestro propio mundo, de nuestra realidad política, de nuestro Estado, de nuestra disciplina constitucional, no tanto porque los problemas que se plantearon y discutieron entonces determinen nuestra realidad actual, sino porque su conocimiento debe ser exigido para una reflexión rigurosa sobre los orígenes de nuestra cultura jurídico-política⁹.

La «Consulta al país» ha sido hasta el momento un ámbito de conocimiento histórico fundamentalmente estudiado por la historiografía general y política, por ello se hace necesario que la historiografía jurídica retome el estudio de esta parcela histórica en la que tanto tiene que decir. En alguna medida éste es uno de los objetivos que se plantea el presente trabajo, que pretende adoptar una perspectiva metodológica multidisciplinar que combine elementos tanto de la Historia del Derecho y de las Instituciones como de la Historia del Pensamiento Político, para adaptarse a la mejor comprensión de los parámetros culturales y conceptuales sobre los que estaba construida la realidad histórica de los años 1809-1810, desvelando con ello los rasgos institucionales y culturales que pudieran ofrecer una visión razonable de los aspectos jurídico-políticos de la misma.

En lo que a la estructura del presente trabajo se refiere, se ha optado por dividirla en cuatro grandes apartados, cuya distinta extensión responde a la necesidad de centrar los esfuerzos en los aspectos más novedosos e interesantes de la investigación. A la expresión de la metodología, la determinación de las fuentes, y la justificación de la relevancia científica de la necesidad de estudiar este período de la Historia española se dedica la presente introducción.

⁹ Esta afirmación exige un esfuerzo supletorio de aclaración. Con ello no defendemos en absoluto la continuidad o extensión del paradigma jurídico-político de principios del XIX a nuestro tiempo; sino que tanto las limitaciones técnicas como la forma en que se produce el debate y la reflexión jurídico-política del siglo XIX y XX tienen su influencia, en mayor o menor medida, tanto en la conformación histórica de nuestra realidad cultural e institucional como en la forma en que comprendemos esa misma realidad. La ausencia de determinados debates, la influencia estructural de algunos elementos que sí han determinado poderosamente la cultura jurídico-política del XIX y de buena parte del XX (como el factor religioso), y la determinación de algunos problemas (como la estructuración jurídico-política a nivel territorial del Estado o la conservación de las identidades culturales privativas bajo formas de integración, autonomía o soberanía política) que a día siguen todavía marcando los debates políticos están en la base de la afirmación precedente. Al fin y al cabo no debería extrañar tanto aquella afirmación a la vista de cómo la cultura jurídico-política de Estados Unidos continúa a día de hoy poderosamente determinada por el pensamiento político de finales del XVIII: como demuestra la continua referencia del pensamiento de JEFFERSON, MADISON, etc en los debates actuales (G. S. WOOD), y sobre todo por la poderosa vigencia de la obra de TOCQUEVILLE (*La democracia en América*, Alianza, 2 vols, Madrid 1995 y 1996), cuya disección de la sociedad norteamericana de finales del XVIII y principios del XIX sirve todavía para comprender y explicar muchos de los rasgos de la cultura y la sociedad norteamericana actual.

A la breve descripción de la forma en que surge la idea de llevar a cabo la «Consulta al país», y la manera en que se determinó sus destinatarios, se dedicará el segundo apartado; mientras que el tercer apartado se dedicará al estudio de las ideas sobre representación en Cortes que subyacen al pensamiento jurídico-político de la «Consulta al país». Con objeto de ofrecer una visión genérica de las cuestiones principalmente debatidas, de las ideas fundamentales defendidas en los diferentes informes y memorias recurriremos a la descripción de cuatro grandes modelos o «concepciones» de representación. Por último, finalizaremos el presente trabajo ofreciendo una breve visión de conjunto de las conclusiones de nuestra investigación.

2. ORÍGENES DE LA «CONSULTA AL PAÍS». EL REAL DECRETO DE 22 DE MAYO DE 1809

La primera noticia que poseemos de la «Consulta al país» hace referencia al planteamiento por CALVO DE ROZAS —vocal de la Junta Central en representación de la Junta de Aragón—, de la necesidad de convocar Cortes. Para llegar a este propósito entendía necesario la convocación de las luces necesarias sobre un conjunto de heterogéneas materias que abarcaban entre otras: la «Constitución», guerra, marina, Hacienda, Justicia, comercio y colonias, para elaborar los materiales que debían ser sometidos a examen y aprobación de la futura «representación nacional»¹⁰.

CALVO DE ROZAS presentó junto a esta proposición, un proyecto de «Manifiesto» y otro de «Decreto sobre Cortes»,¹¹ que sometió a consideración de la Junta Central. El «Proyecto de Decreto de Cortes» desarrollaba en siete artículos las ideas de CALVO DE ROZAS sobre el procedimiento que había de seguirse para obtener las luces necesarias sobre convocación y competencias de las futuras Cortes que a su juicio debían realizarse en un corto espacio de tiempo.

¹⁰ Así lo entendió éste en el escrito que entregó a la Junta Central el 15 de abril de 1809: «para estos objetos podrán, en el espacio de dos meses contados desde su publicación, todos los que hubieran meditado y se creyesen con luces en la materia, dirigir proyectos a la Secretaría de la Junta, sea sobre la Constitución en general, sea en particular sobre Guerra, Marina, Hacienda, Justicia, Comercio y Colonias, Agricultura y Artes, anónimos o firmados, o con un epígrafe que con el tiempo sirva a descubrir a sus autores; entre estos se elegirán los que, por el mérito que manifestasen sus obras, pareciesen más idóneos para formar (si por otra parte sus demás circunstancias no los hiciesen deméritos) las Comisiones que, presididas por los vocales nombrados de la Junta, deban discutir y preparar los planes que se presentarán a la deliberación de ella para su aprobación y para ser sometidos a la sanción de la representación nacional» (FERNÁNDEZ MARTÍN, *Derecho parlamentario español*, pp. 436-8).

¹¹ Redactados ambos por Manuel José QUINTANA, oficial de la Secretaría de la Junta Central.

Ambos proyectos fueron sometidos a discusión y examen por la Junta Central durante el mes que medió entre la veintena de abril y la veintena de mayo de 1809, mediante un procedimiento basado en la elaboración de dictámenes por los vocales, que después serían objeto de debate en pleno.

De entre los dictámenes elaborados por los miembros de la Junta Central destaca el de Baylío Don Antonio VALDÉS, para quien el objetivo principal era la solución práctica y eficaz de los problemas a los que se enfrentaba la nación militarmente ocupada y políticamente descabezada. VALDÉS era consciente de que abrir tan trascendentales cuestiones al juicio de determinados y cualificados sectores de la opinión pública, aunque fuese en la forma tan limitada como se proponía en la proyectada consulta a las instituciones del reino y a los sabios, era abrir una «caja de Pandora» de consecuencias difícilmente previsibles. Dada la diversidad cultural e institucional de los distintos territorios del reino, realizar una consulta de este tipo podía iniciar un proceso revolucionario que confundiese a los distintos pueblos al deseo de lograr un gobierno forjado a su imagen e intereses:

«resultaría que corriendo estos papeles por todo el Reino cada uno se forjaría un gobierno a su modo, e introduciéndose la confusión de ideas y pensamientos, sería después imposible sujetar los pueblos a las que fuesen más útiles y convenientes»¹².

VALDÉS defendía que a través de la «Consulta al país» se solicitasen luces a determinados sectores autorizados por uno u otro motivo de la opinión pública, pero nada más: la «Consulta» debía carecer de efectos vinculantes ya no para las futuras Cortes a quien se someterían los trabajos derivados del estudio por la Junta Central de las luces aportadas, sino para la propia Junta Central ordenante.

Otro vocal de la Central, Lorenzo BONIFAZ Y QUINTANO, manifestó su preocupación por las divisiones y posibles enfrentamientos entre las distintas provincias que pudieran causarse por esta Consulta: «por la sola noticia de que unas mediten subir y otras se resientan de celos de bajar»,¹³ lo que redundaría a la postre en una mayor debilidad militar de la nación.

¹² SUÁREZ, «Estudio preliminar», op. cit., p. 16.

¹³ El «Dictamen del Dr. BONIFAZ Y QUINTANO» consideraba perjudicial para los intereses del país la realización en aquellos momentos de la «excitación a los sabios». De los cinco motivos que alega dos poseen suficiente entidad como para obligar su reproducción: por un lado la ocupación militar impide una comunicación libre del conocimiento («Porque la mayor parte de las provincias está sujeta al enemigo; los literatos de ellas imposibilitados a

El extenso, prolijo y fundamentado dictamen de JOVELLANOS, de 21 de mayo de 1809, puso fin al procedimiento de examen del proyecto por los distintos vocales de la Junta.¹⁴ Al día siguiente la Central entraría a resolver materialmente la cuestión mediante el Decreto de 22 de mayo de 1809, por el que se decidía la futura creación de una «Comisión de Cortes» (artículos 2º y 3º del citado RD), encargada de debatir todas las cuestiones preliminares a la reunión de las futuras Cortes cuya naturaleza, competencias y legitimidad apenas acababa de comenzar a plantearse.

La principal atribución de esta «Comisión preparatoria de Cortes», efectivamente creada por otro Real Decreto de 8 de junio de 1809,¹⁵ era la de reunir y estudiar las luces necesarias para elaborar el diseño tanto del procedimiento de elección de las futuras Cortes, como de su ámbito competencial y de la naturaleza jurídica de su representación. Para ello, la Junta Central decidió que su Comisión de Cortes recogiese, catalogase, extractase y estudiase los informes, las memorias y los dictámenes¹⁶ derivados de la «Consulta» que la primera, la Central, realizaría a los Consejos, Juntas Superiores de las provincias, los Obispos y Universidades, así como los documentos derivados de escuchar a los sabios y personas ilustradas mediante el procedimiento establecido y sobre las materias contenidas en el Real Decreto de 22 de mayo de 1809¹⁷.

adquirir y á comunicar sus luces; y la voz de los pueblos interceptada para nosotros en los males que sufren y remedios á que aspiran»; de otro los referidos conflictos que pueden surgir entre los distintos territorios («Porque semejante convocatoria, útil en otro tiempo, ó hecha á particulares sábios, y ahora y respecto de todos en parte inútil, y en otras perjudicial, puede alejar las provincias unas de otras, induciendo la división, por sola la noticia de que unas medien subir y otras se resentan de recelos de bajar») [FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *Derecho parlamentario español*, vol. I, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid 1992, pp. 447-8].

¹⁴ FERNÁNDEZ MARTÍN publicó en su día el dictamen que JOVELLANOS expuso ante la Junta Central y que posteriormente sería objeto de publicación independiente bajo el título de «Consulta de la convocación de las Cortes por estamentos» (*Derecho parlamentario español*, cit., pp. 458-477).

¹⁵ El citado RD de 8 de junio de 1809 designó como miembros de esta «Comisión preparatoria de Cortes» a cinco vocales de la Junta Central: Reverendo ARZOBISPO DE LAODICEA (Obispo electo de Cádiz); Don Gaspar de JOVELLANOS, Don Rodrigo RIQUELME, Don Francisco Javier CARO y Don Francisco de CASTAÑEDO. Como secretarios de la misma se designó a: Don Pedro POLO DE ALCOCER (secretario de la Secretaría del Despacho Universal de Guerra) y Manuel de ABELLA (Licenciado y oficial de la Secretaría del Despacho Universal de Estado).

¹⁶ El RD de 8 de junio de 1809 por el que se creaba la Comisión de Constitución, autorizaba a ésta «para que pueda pedir a todos los cuerpos civiles, eclesiásticos o literarios del Reino y recoger de todos los archivos, bibliotecas y protocolos públicos, cuantos documentos, libros, copias o noticias necesitare para el mejor desempeño de su grave encargo; los cuales deberán remitirsele directamente sin retardación alguna. De los Documentos, libros y copias que se remitiesen a la Comisión dará uno de los Secretarios puntual recibo a la persona que fuere encargada de su entrega» (ARRIAZU, «La Consulta de la Junta Central al país sobre Cortes», cit., p. 44-5).

¹⁷ El segundo artículo del citado RD de 22 de mayo de 1809 establecía: «Que la Junta se ocupe al instante del modo, número y clase con que, atendidas las circunstancias del tiempo

En lo referente a las materias establecidas por la Central en el referido Decreto de 22 de mayo sobre las cuales debía esta Junta ser ilustrada por los distintos destinatarios, se siguió en líneas generales, el listado de materias que inicialmente había propuesto el Baylío VALDÉS.¹⁸ De esta manera, el Real Decreto de 22 de mayo de 1809 establecía en su artículo 3º el ámbito material de la Consulta en los siguientes términos:

1. «Medios y recursos para sostener la Santa Guerra en que con la mayor justicia, se halla empeñada la Nación, hasta conseguir el glorioso fin que se ha propuesto»
2. Medios de asegurar la observancia de las Leyes Fundamentales del Reino
3. Medios de mejorar nuestra legislación, desterrando los abusos introducidos y facilitando su perfección.
4. Recaudación, administración y distribución de las rentas del Estado.
5. Reformas necesarias en el sistema de instrucción y educación pública
6. Modo de arreglar y sostener un Ejército permanente en tiempos de paz y de guerra, conformándose con las obligaciones y rentas del Estado
7. Modo de conservar una Marina proporcionada a las mismas
8. Parte que deban tener las Américas en las Juntas de Cortes».¹⁹

El art. 4º de este RD se encargaba de establecer los destinatarios a los que se les solicitaba las luces necesarias sobre tan trascendentales cuestiones; disponiendo que se consultaría a «los Consejos, Juntas Superiores de las provincias, Tribunales, Ayuntamientos, Cabildos, Obispos y Universidades y otr a los sabios y personas ilustradas». Nótese que se establece una importante diferencia procesal entre quienes deben ser consultados por la Junta Central y quienes por el contrario

presente, se ha de verificar la concurrencia de los Diputados a esta Augusta Asamblea; a cuyo fin nombrará una Comisión de cinco de sus vocales que, con toda la atención y diligencia que este gran negocio requiere, reconozcan y preparen todos los trabajos y planos, los cuales, examinados y aprobados por la Junta, han de servir para la convocación y formación de las primeras Cortes» (ibid., p. 42).

¹⁸ Tan sólo se realizaron tres modificaciones: una supresión y dos adiciones. En primer lugar, se suprimió el punto que hacía referencia a los mecanismos para «restablecer las Cortes en su antiguo esplendor, conservando su derecho a los pueblos representados por las ciudades de voto en Cortes y extendiéndose a otros que... tengan justicia para esta distinción». En segundo lugar se suscitaban dos nuevos temas que debían ser sometidos a consulta: la reforma del sistema de instrucción pública y la participación americana en las Juntas de Cortes.

¹⁹ Real Decreto de 22 de mayo de 1809 (ARRIAZU, «La Consulta de la Junta Central al país sobre Cortes», cit., p. 42).

sólo serán «escuchados»,²⁰ a nuestro juicio escasamente estudiada por nuestra historiografía.

La carencia de antecedentes parlamentarios y la necesidad de dotar de una legitimación suficiente y efectiva al nuevo orden político que comenzaba a vislumbrarse en las opiniones de algunos vocales de la Central, imponía como una necesidad insoslayable el recurso a la Historia. Una «Historia» concebida en términos jurídicos, una «Historia» entendida no como mera acumulación factual de experiencias más o menos remotas, sino como lo que denominaré: «fuente de legitimación sustantivamente normativa». Con esta expresión pretendemos hacer referencia a la doble naturaleza y función que entendemos desempeñó la Historia en el proceso de convocación de las Cortes de 1810 (y en general, en todo el proceso de destrucción del Antiguo Régimen y de construcción del Estado liberal a lo largo de todo el siglo XIX y comienzos del XX)²¹.

Es conveniente destacar la perentoria necesidad que tenían los vocales de la Central de obtener cuanta información valiosa fuera posible acumular y estudiar sobre la tradición representativa, y en general sobre los distintos aspectos jurídico-políticos de los distintos reinos históricos.

Esta necesidad encontraba su justificación en el discurso ahistoricista, marcadamente ideológico al servicio del proyecto político de determinados sectores de la Junta Central, de recuperación de las antiguas y buenas libertades del pueblo y de la nación que habían sido erosionadas y aniquiladas por el despotismo de los monarcas absolutistas. Para ello era necesario acumular y estudiar conocimientos fidedignos sobre la tradición representativa de los antiguos reinos, con objeto de orientar la construcción del nuevo orden político. Esta necesidad se hizo pública en el mismo Decreto de 22 de mayo de 1809:

«se autoriza a la Comisión de Cortes para que pueda pedir a todos los cuerpos civiles, eclesiásticos o literarios del Reino, y recoger de todos los archivos, bibliotecas y protocolos públicos, cuantos documentos, libros, copias o noticias necesitare para el mejor desempeño de su grave

²⁰ Ello no obsta la general publicidad del RD de 22 de mayo, que en su art. 5.º ordena: «se imprima, publique y circule con las formalidades de estilo, para que llegue a toda la Nación» (*Ibid.*, p. 43).

²¹ La importancia del valor desempeñado por la «Historia» en todo este proceso viene determinado, como señalara CLAVERO, por la ausencia de una facultad de determinación constituyente («Cortes tradicionales e invención de la historia de España», en *Las Cortes de Castilla y León 1188-1988*, Valladolid 1990, pp. 147-195).

encargo, los cuales deberán remitirsele directamente sin retardación alguna»²².

JOVELLANOS, vocal de la Comisión de Cortes, presentó en la misma —el 15 de junio de 1809—, un informe que contenía la relación de reinos y ciudades con voto en las antiguas Cortes medievales que disfrutaban del derecho de representación con arreglo al paradigma del Antiguo Régimen, aunque esta relación de reinos y ciudades con voto en Cortes estaba destinada más a determinar qué sujetos debían ser consultados con arreglo a la tradición representativa que a convocarlos en reunión de Cortes de forma efectiva.²³ Es conveniente resaltar el profundo desconocimiento de la propia y particular tradición representativa de los distintos reinos y ciudades, caída en desuso desde que la hegemonía del poder regio se tornase absolutista, como demuestra la propia necesidad de investigar *ad hoc* qué sujetos (reinos y ciudades) habían disfrutado del privilegio de ser convocados a Cortes por el monarca.

Por otro lado, la cuestión no era sencilla ni pacífica: la representación había variado sensiblemente en el tiempo (desde la Edad Media hasta principios del XIX) y en el espacio (los antiguos reinos medievales y las posteriores provincias y «cuerpos de provincia»).

De otro lado incluso los sectores más tradicionalistas²⁴ de la Junta Central eran conscientes de que la constitución de las futuras Cortes

²² Esta circunstancia, como señala SUÁREZ, explica por qué los informes de las Audiencias de Galicia y Valencia, y del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, entre otros muchos, recogen documentos históricos sobre la práctica de celebrar Cortes en los distintos reinos en los tiempos medievales. («Estudio preliminar», *cit.*, p. 18).

²³ Esta relación presentada por JOVELLANOS contenía cincuenta ciudades, de las que sólo treinta y cinco disfrutaron de forma efectiva en el pasado del privilegio de voto en Cortes. La virtualidad de dicha relación fue muy reducida, dado que sólo fue empleada en las deliberaciones de la Central sobre los sujetos que debían considerarse con el derecho de ser preceptivamente consultados por haber gozado en el pasado del privilegio de voto en Cortes, pero careció de mayores repercusiones en la efectiva convocación de las Cortes de 1810 que finalmente no se reunieron con arreglo al sistema tradicional del Antiguo Régimen (caracterizado por la representación de determinadas ciudades a las que la Monarquía había concedido históricamente tal privilegio).

²⁴ Por sector «tradicionalista» de la Central entendemos, a grandes líneas, la creencia en la existencia de una «Constitución» propia difuminada en sus originales contornos a lo largo del tiempo (por la creciente influencia absolutista del monarca), que entendían necesario recuperar. Sin embargo, respecto de la definición del contenido exacto de esa tradición política y «constitucional» que entendían preciso recuperar no existe ningún consenso sustancial: cada territorio, cada corporación, cada vocal de la Junta Central afín a estas ideas se remite a una tradición particularmente concebida y escasamente definida, por lo que es realmente difícil identificar esa cultura jurídico-política «tradicional» a la que se refieren. De hecho, sólo la doctrina jovellanista del reino dual y las Cortes estamentales como parte de un sistema equilibrado de gobierno monárquico aparece claramente definida (Joaquín VARELA SUANZES, «La doctrina de la Constitución histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845», *Revista de Derecho Político*, núm. 39, Madrid 1995, pp. 45-79). Más allá

no podía realizarse exclusivamente conforme a las reglas tradicionales, no sólo por los conflictos que surgirían de la distinta interpretación de las diversas tradiciones representativas, sino porque la sociedad de principios del XIX exigía el reconocimiento de sectores sociales que jamás tuvieron cabida en la antigua representación (en realidad antiguas representaciones).

El problema no acababa aquí: buena parte de los sectores tradicionalistas pertenecían a los estamentos social, jurídica, tributaria y económicamente privilegiados como eran los nobles y eclesiásticos. Estos últimos reclamaban una participación privilegiada en la representación de las futuras Cortes, remontando su derecho estamental de voto a los tiempos medievales en los territorios castellanos y desde la Edad Media hasta los Decretos de Nueva Planta en los territorios del antiguo Reino de Aragón.

Si sólo se consultaba oficialmente a las ciudades con privilegio de voto en antiguas Cortes —sea cual fuese el modelo representativo por el que se optase, bien se tratase del modelo castellano impuesto a lo largo del siglo XVIII o de una construcción ecléctica construida a partir del ensamblaje de principios y criterios provenientes de las diversas tradiciones representativas—, se creaba un peligroso precedente que podía orientar en este sentido la convocación de las futuras Cortes.

Si bien las principales autoridades eclesiásticas de la Monarquía formarían parte de la relación de destinatarios de las Órdenes circuladas en junio de 1809 (por otro lado en cumplimiento del RD de 22 de mayo que establecía entre los destinatarios de obligada consulta a los Obispos), los nobles como estamento no fueron específicamente consultados, si bien la nobleza era la clase preeminente en los Consejos y Ayuntamientos.

Estos dos factores que acabamos de comentar vienen avalados por las palabras que el propio JOVELLANOS dirigió en misiva privada a LORD HOLLAND el 12 de junio de 1809, en las que expone los problemas de la Comisión de Cortes a la hora de identificar los Ayuntamientos que debían ser «oficialmente»²⁵ consultados:

«Precisamente nos hallamos ahora en alguna duda sobre los informes que se han de pedir a los Ayuntamientos»

de esto, lo cierto es que a este grupo de autores les une más sus diferencias frente a los sectores más «liberales» que pretenden un cambio más radical (revolución política), que una comunidad fuerte de creencias razonablemente articuladas y homogeneizadas en una doctrina política tradicionalista más o menos elaborada.

²⁵ En este momento empleamos el término «oficiales» para identificar a los destinatarios a los que se enviaron las Órdenes circuladas los días 24 y 30 de junio de 1809.

tos, porque ni puede ser a todos, ni debe ser sólo a los votantes; y he aquí una decisión que abrirá paso a aquellas excepciones que después se podrán hacer en la convocatoria»²⁶.

En la relación de antiguos reinos y ciudades con voto «en las Antiguas Cortes» que JOVELLANOS presentó a la Junta Central, se incorporaron quince ciudades que jamás gozaron de tal privilegio.²⁷ Este desconocimiento de la propia historia, probablemente interesado en lo que a este punto se refiere, desvela una característica esencial de la configuración jurídico-política del Antiguo Régimen, que lastrará a lo largo de todo el siglo XIX —e incluso de buena parte del siglo XX—, la construcción del Estado liberal, y que marcará profundamente el modelo de constitucionalismo hispánico.

Nos referimos a la imprescindible concurrencia de la invocación de la «Historia» en todo el proceso de destrucción del Antiguo Régimen y de construcción del nuevo modelo jurídico-político liberal.²⁸ Un recurso a la Historia en la que ésta es empleada no sólo como fuente de legitimación política sino como fuente normativa de un ordenamiento jurídico-político que impone su restitución a uso tiempos remotos de pretendida «libertad». Se trata por tanto de un recurso marcadamente ideológico al servicio de la construcción o reconstrucción de las distintas entidades, corporaciones e identidades jurídico-políticas que están en juego, y en el que la «Historia» trasciende su valor cultural y político hasta los confines del Derecho, por lo que se

²⁶ J. SOMOZA (ed.), *Cartas de Jovellanos a Lord Holland*, vol. I, Madrid 1911, p. 262.

²⁷ Del privilegio de representación «en las Antiguas Cortes» sólo gozaron treinta y cinco ciudades, a las que JOVELLANOS añadió por su cuenta otras quince ciudades más dejando en los siguientes términos la relación que presentó el 15 de junio a la Comisión de Cortes: «Por Castilla: como reinos, Burgos, León, Toledo, Sevilla, Granada, Córdoba, Jaén, Murcia; como Ciudades, Valladolid, Segovia, Salamanca, Avila, Toro, Zamora, Cuenca, Soria, Guadalajara, Madrid, Valencia. Por Aragón: Zaragoza, Tarazona, Jaca, Barbastro, Calatayud, Daroca, Teruel, Huesca, Borja y Albarraçón; por Cataluña, Barcelona, Girona, Lérida, Tortosa, Cervera y Balaguer. Galicia, por su Diputación Santiago. Navarra, id., Pamplona. Señorío de Vizcaya, id., Bilbao. Provincia de Alava, id., Vitoria... capitales. Provincia de Guipuzcoa, id., San Sebastián. Principado de Asturias y su Junta Central, Oviedo. Valencia, Su Ayuntamiento. Mallorca, Su Ayuntamiento. Badajoz, Capital de Extremadura. Ciudad Real, Intendencia. Carolina, idem. Santander, capital de las Asturias de Santillana. Cádiz, Departamento. Cartagena, idem. Ferrol, idem». La Esta relación de ciudades fue publicada por FERNÁNDEZ MARTÍN en su *Derecho parlamentario español* (cit., pp. 484-486), quien cita su fuente en ACD leg. 1: sin embargo, la «Nota de las ciudades que tenían voto en las antiguas Cortes» de 1809 se conserva en ACD SG 4/3. Desconocemos si el error se debe a una confusión de FERNÁNDEZ MARTÍN, o si obedece a una más que probable reestructuración de los legajos del Archivo de Congreso de los Diputados, posterior al tiempo en que éste escribiera su obra (1885).

²⁸ Vid.: Bartolomé CLAVERO, «Cortes tradicionales e invención de la historia de España», en *Cortes de Castilla y León 1188-1988*, Valladolid 1990, pp. 147-195.

impone como una realidad de naturaleza y efectos netamente normativos.

Para llevar a cabo su tarea la Comisión preparatoria de Cortes circuló entre los destinatarios previstos la Orden de 24 de junio, solicitando a cada destinatario señalado la elaboración de un informe en el que expresasen «cuanto se le ofrezca y parezca... sobre los puntos que expresa el R.D. de 22 de mayo último, del que también le incluyo un ejemplar sobre cada uno de los objetos señalados en el a. 3º». Días más tarde dicha Comisión decidió ampliar el número de destinatarios consultados, por lo que se envió una segunda circular la de 30 de junio de 1809, acompañada también del RD de 22 de mayo.²⁹

3. LOS CUATRO GRANDES MODELOS DE REPRESENTACIÓN PROYECTADOS EN LOS INFORMES Y MEMORIAS DE LA «CONSULTA AL PAÍS»

Dedicaremos este apartado a la descripción de las concepciones representativas que subyacen al contenido jurídico-político de las fuentes de la «Consulta al país». Con ello no pretendemos realizar una descripción exhaustiva, sino ofrecer una visión de las grandes concepciones en las que podemos razonablemente agrupar las ideas sobre representación en Cortes que aparecen desarrolladas en los informes y memorias de la «Consulta».

La dificultad a la hora de llevar a cabo la identificación y descripción de tales concepciones o modelos representativos debe partir de las consideraciones que a continuación se desarrollan.

El primer rasgo que debemos destacar del pensamiento y la producción intelectual contenido en las fuentes de la «Consulta» es su extrema heterogeneidad, su inmensa riqueza y pluralidad. Pero junto a esa riqueza, tan positiva para la investigación, existen otros rasgos que la perjudican notablemente. En primer lugar, esta heterogeneidad

²⁹ La primera determinación de los destinatarios de la «Consulta al país» se contenía en el mismo Real Decreto de 22 de mayo de 1809 que, como vimos, señalaba entre éstos a los Obispos, Consejos, las Juntas Superiores de las Provincias, Tribunales, Ayuntamientos, Cabildos y Universidades. Tanto en los Reales Decretos de 22 de mayo y 8 de junio de 1809 —que mencionaban los mismos destinatarios—, como en la relación de los destinatarios a los que se les envió las Órdenes circuladas los días 24 y 30 de junio de 1809, destaca la absoluta ausencia de los territorios americanos, pese a que el art. 3º del Real Decreto de 22 de mayo establecía una expresa referencia a la parte que debían tener los territorios americanos en las futuras Cortes, y pese a que su representación —como medio de garantizar su conservación—, era una constante en las proclamas y manifiestos de la Junta Central. Con ello la «Consulta» se configura como un proceso netamente peninsular, en el que lo americano es objeto de reflexión y debate sin que se dé parte a su representación atlántica.

dificulta enormemente las labores de clasificación y catalogación sustantiva de los informes, puesto que al tratar cada informe distintas materias de forma tan diversa acaban siendo realmente escasos los puntos de coincidencia que pudieran servir como categorías de comparación. En segundo lugar, la escasa coherencia interna de las ideas promovidas por los distintos informes y memorias impide en muchas ocasiones su catalogación, por mantener sus respectivos autores posturas contradictorias, y porque la inclusión en una u otra categoría se haría más sobre la excepción que sobre la generalidad, de forma que sería necesario crear un modelo o concepción *ad hoc* para cada uno de estos informes y memorias incoherentes.

Por último, procede destacar la escasa concreción de muchas de las propuestas, la defensa de ideas genéricas escasamente fundamentadas y articuladas, la expresión de ideas incoherentes, el recurso a terminología aparentemente contradictoria y la indefinición de las categorías conceptuales empleadas para articular teóricamente las distintas propuestas.³⁰

Hasta que no se reunieron las Cortes no llegaron a formarse los primeros grupos que defendían ideas partidistas, por lo que no pueden aplicarse las categorías elaboradas por VARELA SUANZES para el estudio del debate ideológico sobre la construcción del Estado de los diputados gaditanos;³¹ si bien es cierto que en las concepciones representativas de los informes y memorias de la «Consulta» pueden encontrarse en muchas ocasiones los antecedentes de los idearios defendidos por los sectores liberales y serviles de las Cortes gaditanas.

3.1. La Fundamentación Historicista del futuro Orden Jurídico-Político. Fidelidad y Reforma de la Tradición

3.1.1. El valor constituyente de la tradición constituida

Hubo entre los sujetos individuales y corporativos que respondieron con sus correspondientes memorias e informes a la convocatoria realizada mediante el RD de 22 de mayo de 1809, quienes propusieron la convocación de Cortes («por esta vez sin innovar») conforme al

³⁰ A la falta de unidad, claridad y sistematicidad expositiva y a la débil coherencia teórica de muchos informes y memorias debe añadirse la imposibilidad de aplicación de las categorías científicas e ideológicas elaboradas por la Ciencia y Filosofía Políticas, así como por la Historiografía Constitucional.

³¹ Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA: *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983.

modelo representativo tradicional del Antiguo Régimen, argumentando para ello que sólo ésta era la representación establecida por las leyes, y que sólo éstas «eran el verdadero cuerpo representativo que podía examinar y reparar los defectos de su organización». Este argumento esencial a la cultura jurídico-política del Antiguo Régimen venía a derivar de la dignidad y sustancia del cuerpo representativo tradicional la condición de éste como único sujeto jurídica y legítimamente competente para decidir sobre su constitución, alteración, modificación, conservación y disolución. Así entendían estos autores que lo establecía la «antigua Constitución del Reino».

Para este conjunto de autores la existencia de la antigua «Constitución política» pese a no estar redactada en documento alguno, pese a su constante vulneración durante siglos de despotismo absolutista era una realidad más allá de toda duda, cuyo contenido se adecuaba a los presupuestos normativos del «ius gentium».³²

Sin embargo este recurso a la «antigua Constitución» genera importantes problemas de identificación de los contenidos esenciales de la tradición constitucional reclamada. En algunas ocasiones se reduce a una mera advocación retórica de una cultura tradicional representativa débilmente fundada a nivel historiográfico y escasamente elaborada a nivel teórico. En la mayor parte de las memorias esta tradición representativa se identifica con la antigua «Constitución gótica», es decir, en la tradición jurídica y política que tiene sus orígenes más remotos en los visigodos y su «Fuero Juzgo (Libro 6 Fuero de los Jueces)» que recogía, según estos autores, el principio electivo del acceso al trono entre los godos o los naturales de los correspondientes reinos,³³ así como la exigencia de consagración (unción religiosa) por las autoridades religiosas y el posterior juramento por los pueblos como *conditio sine qua non* para la validez y eficacia del poder regio.

3.1.2. Objetivos

La acuciante necesidad de dar respuesta a la problemática entonces vigente, suscitada por la invasión de las tropas francesas, el vacío

³² En este sentido, el párrafo 74º de la Memoria del Ayuntamiento de Cádiz acerca de la convocación de Cortes, señala que: «En nuestra España, si bien no corre en cuaderno ni documento separado su constitución de Estado, ni se conoce bajo algún nombre particular o título determinado, no por eso dejan de existir en sus Códigos las leyes que se llaman y son fundamentales, pues expresan la naturaleza y cualidades de la Monarquía desde su origen conocido, los fueros de los Príncipes que han de gobernarla, las franquicias o libertades de sus pueblos que han de obedecerlos, y, en una palabra, el modo con que el poder soberano debe ejercer sus facultades y dominio; que es lo que rigurosamente se llama el contrato primitivo del Reino o su constitución política, atento el derecho de gentes» (ACD SG 5/53).

³³ Fuero Juzgo, Exordio, ley 2ª.

de poder subsiguiente y la debilidad de una sociedad dividida y doblegada bajo el yugo del despotismo absolutista, explican la trascendencia que el objetivo de conjuración de tales riesgos desempeñara en la construcción de tal concepción representativa.

A nivel social esta concepción trata de garantizar la conservación del orden estamental del Antiguo Régimen, de impedir la desintegración de los distintos cuerpos sociales gobernados ordenada e inveteradamente por su *caput* (monarca), de impedir la reproducción de los acontecimientos revolucionarios franceses en territorio español. El fuerte deseo de conservación de la estructura social estamental, la exigencia de perpetuación del privilegio y la diferencia como criterios esenciales de ordenación constituye una prioridad para este conjunto de informes y memorias.³⁴

Desde el punto de vista político, este modelo trata de evitar la instauración de un modelo democrático, porque la forma democrática de gobierno es concebida en términos incompatibles con la monarquía, como agente desintegrador del orden sociopolítico, del *status quo* estamental, de la tradición heredada. Así mismo debía, según estos autores, atemperarse el poder regio conteniéndolo en sus justos y equilibrados límites, evitando con ello caer en el riesgo siempre posible del despotismo. Se pretende por tanto conjurar el riesgo de anomia identitaria, de desfiguración del imaginario colectivo, de dilapidación del patrimonio sociocultural heredado de las generaciones pasadas bajo la obligación de su correcta gestión y transmisión a las futuras. En definitiva, el rasgo principal de este modelo es su definición estamental de la representación. La Memoria del Obispo y Cabildo de Córdoba «relativa a Cortes» defiende la preservación de la tradición, del orden socioestamental, de la «antigua Constitución» y expone de forma separada los argumentos que legitiman el derecho de representación de cada uno de los estamentos: el estado eclesiástico, la nobleza y el pueblo.

En lo que respecta al estado eclesiástico interesa profundamente al Obispo y Cabildo de Córdoba dejar sentado sobre bases sólidas el derecho (y aún el deber) de participación (rectora) de los individuos de este estado en los asuntos de Estado,³⁵ tratando con ello de acabar

³⁴ Así, la Memoria sobre mejoras de la legislación del Cabildo de Ciudad Rodrigo, de 18 de septiembre de 1809 (ACD SG 6/20, apartado 6º), señala que: «Deberá consumirse en la dotación de las personas que sirven a la Nación en todos los ramos, señalando a cada una una cantidad fija de su destino, sin esperanza de aumento o no ser por ascenso a otro de mayor clase, adoptándose distinciones particulares de honor para premiar los extraordinarios importantes servicios, de modo que contentándose los sujetos con tener una subsistencia decente para sí y sus familias con arreglo a las circunstancias, aspiren únicamente al honor y la gloria de buenos ciudadanos...».

³⁵ La representación debía componerse, según el entender del Obispo y Cabildo de Córdoba, por los obispos metropolitanos así como «los obispos más antiguos hasta completar la asistencia de todas las provincias eclesiásticas», así como un diputado de cada catedral (cit., ACD SG, 6/2, párrafo 22).

con los argumentos laicistas provenientes de las corrientes racionalistas, los apologetas del poder absolutista regio y fundamentalmente de los filósofos del pensamiento ilustrado. Para estos autores es incuestionable el antiguo derecho de representación del estado eclesiástico, que pese a ello no siguió a lo largo de los tiempos una forma determinada arreglada por las leyes. Sin embargo, la participación del clero en las Cortes castellanas fue intermitente a partir de principios del siglo XVI (1502) hasta que a partir de 1532 los eclesiásticos dejaron de ser convocados —salvo en los actos de juramento al nuevo monarca—.

En lo que a la nobleza se refiere, entendían estos autores que su situación social a principios del siglo XIX distaba mucho de la etapa feudal; la nobleza formaba un cuerpo separado y jurídicamente homogéneo como consecuencia del hecho de que la distinción de honores carecía ya de traducción jurídica.³⁶ Si bien los nobles eran los sujetos políticos principales del feudalismo, la evolución de este sistema acabó arrebatándoles el poder de las armas y de la administración judicial que, según estos autores, habían arrebatado ilegítimamente al rey; reduciendo su poder jurídico-político al que podría tener cualquier propietario poderoso:

«¿qué es en el día el derecho de vasallaje? Cuando más, la facultad de elegir o confirmar ciertos ministros de justicia, y por lo común nada más que un nombre vacío. Las armas y la administración de justicia están ya enteramente, como tienen que estar, en las manos del Rey, dos derechos los más sagrados de la corona, que algún día gozaron, o más bien usurparon, los señores sin sumisión a la autoridad real. Empero lentamente los reyes fueron extendiendo, o más bien recobrando, su dilapidada autoridad...»³⁷

Encontramos aquí el empleo de un argumento antihistórico, dado que los señores feudales no ocupaban un poder ilegítimo usurpado al soberano, sino que ejercían un poder connatural a la propia cons-

³⁶ En este sentido señalan el Obispo y Cabildo de Córdoba en su *Memoria relativa a las Cortes*: «En los antiguos congresos se daba parte a los nobles, llamados entonces señores, que eran los que en verdad constituían el gobierno feudal. Mas en el día toda la nobleza compone un solo cuerpo, sin que las diferencias de la Grandeza la eleven a una clase separada por la legislación. Un grande tendrá ciertos honores, como el del tratamiento, y aun gozará de ciertos derechos peculiares, pero en el fondo de la nobleza no es mas que un mero noble igual al último del Reino. Si parece que hay una diferencia de votos a otros, toda esta diferencia está más en la opinión que en las leyes» (ACD SG 6/2, párrafo 23).

³⁷ *Memoria del Obispo y Cabildo de Córdoba relativa a las Cortes* (13 de octubre de 1809), ACD SG 6/2, párrafo 24.

trucción del orden jurídico medieval: la fragmentación del poder jurídico y político propio de nuestra Edad Media, la diversidad jurídica derivada de la Reconquista y la repoblación, la imposibilidad de construcción de un poder de naturaleza «estatal» con la consiguiente ausencia de un monopolio del poder coercitivo, la propia imposibilidad teórica de concebir algo que pudiéramos calificar como «Estado», y la misma cultura jurídica medieval impedían la existencia de un monopolio del poder regio.³⁸ Este último se construyó sobre la base de una lenta y costosa expropiación de los poderes de los distintos señores feudales, de las distintas corporaciones, y sólo llegó a ser un poder «absoluto» en los siglos XVII y XVIII.

La representación de este estamento debería responder según el Obispo y Cabildo cordobeses a las siguientes reglas: los Grandes residentes en la Corte deberían ser convocados por el Presidente del Consejo Nacional para el nombramiento de «quinque de su gremio para la diputación en Cortes»; en las ciudades y villas que tradicionalmente han disfrutado del voto en Cortes deberá elegirse un representante de la nobleza por los miembros de este estamento convocados a tal efecto por el juez mayor de estas villas y ciudades; por último los gastos de estos representantes «serán del cargo del cuerpo nominante».³⁹

De esta concepción de la representación de la nobleza son dignos de destacar los siguientes aspectos: en primer lugar, la representación separada y procesalmente diversa de la Grandeza respecto del resto del cuerpo nobiliario; en segundo lugar, destaca la atribución exclusiva de la representación a la nobleza que reside en las ciudades y villas con voto en Cortes así como a los Grandes que habitan en la Corte, cuando la nobleza perdió en Castilla su derecho de representación a partir de 1538 (tal vez la consciencia de esta antihistoricidad explique

³⁸ Entre otros vid.: Paolo GROSSI, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid 1996 y *En busca del orden jurídico medieval* (Discurso de investidura como Doctor «Honoris Causa» por la UAM), Madrid 1994, pp. 23-45; Francesco CALASSO, *Medioevo del Diritto*, Le Fonti, Giffrè, Milano 1954; A. GURIEVICH, *Las categorías de la cultura medieval*, Taurus, Madrid 1990; Jesús VALLEJO, «El cáliz de plata» (versión castellana del artículo publicado en *Storia d'Europa (Il Medioevo, Secoli V-XV)* a cura di G. ORTALLI, Turín 1994, pp. 737-756).

³⁹ Estos autores entienden que este derecho de representación de la nobleza residente en las ciudades y villas de voto en Cortes puede renunciarse voluntariamente como consecuencia de la ausencia de fondos suficientes para financiar dicha representación, porque «los diputados de los ayuntamientos que, por lo común son nobles, no omitirán la defensa de los fueros de sus gremios». Con ello trataban de separarse de la propuesta de financiación de los diputados de la nobleza que en su momento hicieran los comuneros, cargando los gastos de la diputación al común. Esta medida pretende impedir repercutir una carga excesivamente gravosa para el común, que pudiese ganar la enemistad del pueblo y que por otro lado sería absolutamente innecesaria dada la ascendencia nobiliar de la mayor parte de las diputaciones de estos ayuntamientos. Esta posibilidad de renuncia del derecho de representación es abiertamente contraria a la naturaleza representativa del Antiguo Régimen.

precisamente esa delimitación de la representación de la nobleza exclusivamente a las ciudades y villas con voto en Cortes, remitiéndose por tanto a su incardinación en la tradición representativa castellana); en tercer lugar es digno de destacar la ausencia de un intento real por fundamentar históricamente o de legitimar políticamente la representación de la nobleza, hecho que contrasta nitidamente con el esfuerzo de legitimación de la participación del clero en la asamblea del reino, a pesar de que parece optarse por la asunción de la tradición representativa castellana (dejando de lado la tradición estamental aragonesa en la que sí tenían parte el clero y los dos estamentos en los que se dividía a su vez la nobleza); por último, destacar la habilitación de la renuncia a la representación de la nobleza residente en las villas de voto en Cortes, tan contraria a la naturaleza representativa propia del Antiguo Régimen.

Sin embargo la defensa que estos autores hacen de la tradición representativa, tan débilmente concretada e identificada históricamente, no se hace de forma acrítica. Varios son los defectos que es preciso, a su juicio, reformar: en primer lugar, la propiedad hereditaria de los regidores (y en cuanto tal sujeta a las posibilidades de compraventa y otros negocios jurídicos de transmisión del dominio);⁴⁰ en segundo lugar la insuficiencia de las ciudades y villas representadas en Cortes, así como la concepción jurídico-política de esta representación concebida como privilegio de una determinada corporación en lugar de cómo derecho de la ciudadanía; en tercer lugar la ausencia de representación de los pueblos de señorío así como el habitual origen nobiliario de las regidurías limitando la primera la representación de un determinado tipo de villas sobredimensionando el segundo (origen nobiliario) la representación de un determinado estado en lo que debería ser la representación del común (dado que para estos autores lo correcto sería que la nobleza asistiese a las Cortes en cuanto estamento, y no ocupando las regidurías o venticuatrias); por último, la limitación de los poderes de los Ayuntamientos así como la consiguiente desconexión de éstos respecto del pueblo exigían una pronta y profunda reforma.

En lo referente a la determinación de la representación que el Obispo y Cabildo cordobés consideran necesario otorgar al pueblo, conviene destacar los siguientes planteamientos: en primer lugar, aceptan la garantía del tradicional derecho de representación de las antiguas villas y ciudades de voto en Cortes, defendiendo su amplia-

⁴⁰ La Memoria del Obispo y Cabildo de Córdoba relativa a las Cortes criticaba duramente que «las venticuatrias o regidurías hereditarias y sujetas a los contratos que hacen pasar las propiedades de unas manos a otras, se alquieren y se conservan sin exigirse prueba alguna de su instrucción» (ACD SG 62, párrafo 30).

ción a las ciudades episcopales y a las ciudades populosas (las que alcancen cuatro mil habitantes) cuya importancia imponía tal reconocimiento jurídico; en segundo lugar, la elección de los diputados del pueblo debería realizarse de forma indirecta en dos grados con una intensa participación del estado eclesiástico;⁴¹ en tercer lugar, estos autores defienden la posibilidad de que la elección del diputado de estas villas y ciudades se hiciese en «cualquier estado y calidad que sea», como sucede en Inglaterra «donde fia el pueblo sus derechos a los que no son de él» —para permitir que tal representación recayese sobre miembros de los otros dos estamentos, a los que considera mejor formados y más dispuestos a la conservación del reino que el vulgo, por más que se esfuercen en declarar que dan «más extensión a la representación del pueblo que a la de la nobleza»—; en cuarto lugar, el resto de pueblos tendrán derecho a elegir un «diputado defensor que tenga asiento sin voto, pero con derecho de proponer, en las Cortes»,⁴² al igual que las «Sociedades patrióticas» que, según estos autores, podrían enviar un diputado con igual derecho que los «diputados defensores»; por último, defienden que la financiación de los diputados del pueblo corra a cargo de los fondos del común, «igualmente que los de los venticuatro y regidores procuradores en Cortes».

3.1.3. El valor de la tradición

El recurso a la tradición se impone como una necesidad insoslayable, porque por un lado es preciso conjurar los peligros derivados de la introducción de reformas radicales en el sistema de representación del Antiguo Régimen, por otro, la tradición es un instrumento esencial de legitimación cultural, social, jurídica y política del sistema, del orden establecido, un mecanismo de mantenimiento del *status quo*, porque el mismo orden se concibe como una herencia recibida por los antepasados. Se otorga un valor normativo (consuetudinario) al orden heredado, entendiendo que la propia conservación y supervivencia inveterada del orden mismo demuestra su eficacia, su acierto, incluso su bondad en términos morales.

⁴¹ «En el mismo modo y forma que el pueblo los diputados del común, elegirá también un diputado para Cortes, de cualquier estado y calidad que sea, con la única diferencia de que la nominación de electores en cada parroquia será presidida por sólo el párroco, quien llamará a un escribano de su confianza para que autorice el acto, y la nominación del diputado lo será por el cuerpo de párrocos, que señalarán el sitio de la elección y citarán para autorizarla dos escribanos de su satisfacción» (ibid., párrafo 36).

⁴² La elección del «defensor» (que pese al asiento en Cortes y el derecho de proposición carece de voto en las mismas) de un pueblo de este tipo puede coincidir en la persona del «diputado» (con voto en Cortes) de las ciudades de la primera categoría; de la misma manera que dos o más ciudades pueden comprometerse en la elección de unos mismos diputados y regidores (ibid., párrafos 38 a 40).

En definitiva la tradición, para estos autores, es al mismo tiempo que uno de los elementos definidores, uno de los pilares sobre los que se asienta todo el entramado cultural de finales del XVIII y principios del XIX: porque la historia no es sólo conocimiento sino experiencia, no sólo califica la identidad política de la Monarquía sino que es junto con la religión católica la identidad sociocultural y nacional misma; no sólo responde a la necesidad de legitimación del sistema jurídico-político del Antiguo Régimen sino que es parte constitutiva del mismo sistema; la tradición no sólo tiene una dimensión jurídica sino que es Derecho mismo —porque estos autores conciben culturalmente la «Historia» como una sucesión de generaciones que comparten un objetivo y una identidad (católicamente definida) comunes, en la que la herencia que recibe una generación debe conservarse y gestionarse adecuadamente para transmitirla en las mejores condiciones a las venideras—; y por último, porque la tradición no sólo genera los derechos de los cuerpos y sus individuos, sino que ella misma se concibe como una obligación imperativa centrada en la conservación del orden sociopolítico que jurídica y culturalmente establece.

Este valor cultural de la tradición en este primer modelo representativo, que determina poderosamente sus distintas nociones políticas, sociales e incluso jurídicas impone a estos autores tres requisitos: en primer lugar recurrir a la «Historia» no sólo para obtener legitimaciones políticas, sino para hallar la fuente jurídica misma de los derechos (incluso aunque estos sean redefinidos en función de las nuevas comprensiones socioculturales); en segundo lugar, hacer frente adecuadamente al deber colectivo de gestionar el patrimonio heredado de los ancestros —su religión (pureza católica), su cultura, sus comprensiones sociales, sus formas políticas, etc.—, porque sólo mediante su correcta conservación se podrá legar a las generaciones venideras el cúmulo de sabiduría que las presentes heredaron de las anteriores; y por último, la tradición debe respetarse porque es ella la que recorre y subyace al imaginario colectivo de esta sociedad, porque la sociedad del Antiguo Régimen sólo es capaz de autodefinirse, de comprenderse en función de los esquemas mentales que tradicionalmente han venido definiendo su propia conciencia colectiva.

En la tradición jurídico-política de la Monarquía encontraban estos autores el mandato jurídico de defensa de los derechos del monarca frente a los invasores franceses.⁴³ Sin embargo, la aplicación

⁴³ En este sentido la *Memoria de la Audiencia de Cáceres sobre reunión de Cortes* (25 de noviembre de 1809) entiende que: «En las Leyes de Partida se hallan dos por las que en una se mandó que si se movía algún levantamiento en el Reino acudiesen los que lo supiesen a la Corte, o lugar donde sucediese para defender al Rey; y por otra, que si entrasen los enemigos en el Reino haciendo guerra, acudiesen todos los de la tierra a la defensa, sin necesidad de ser llama-

de las reglas del Derecho sucesorio se enfrentaba a dos circunstancias difícilmente salvables: en primer lugar era preciso la declaración de nulidad de los distintos actos de abdicación de la corona española celebrados en Bayona así como la inicial aceptación como monarca de JOSÉ I de buena parte de la administración polisinodial del Antiguo Régimen;⁴⁴ por otro lado, el traslado forzoso de la familia real española, incluyendo las líneas colaterales, había dejado a la Monarquía sin recambios para poder operar el orden sucesorio dispuesto en las Partidas.

Por ello, la mayor parte de los autores de esta primera teoría representativa eran partidarios de recurrir a las previsiones establecidas en las Partidas que regulaban los supuestos de minoría de edad del príncipe llamado a heredar, en consonancia con la que había sido la tesis propuesta por el sector liderado por JOVELLANOS⁴⁵ en la Junta Central: era preciso constituir una regencia reducida (de uno, tres o cinco miembros) que ocupasen interinamente el gobierno hasta el regreso del monarca.⁴⁶

Sin embargo no todos estos autores defendían la necesidad de constitución de una regencia: había quienes sostenían que la misma tradición jurídica imponía el deber de convocación de unas Cortes en las que se reuniesen los distintos cuerpos del «Reino» o de la

mados, por llamarlos el mismo hecho, y que si por falta de socorro (la ley usa la expresión *acorro*) fuese el Rey muerto, herido, preso, o deshonrado, sean castigados con las penas que señala, con cuyas obligaciones cumplieron los que en Madrid fueron víctimas por la que hicieron en su defensa, dejando para la posteridad un ejemplo de su lealtad y valor para ser imitados» (ACD SG 6/11, párrafo 5°).

⁴⁴ Recordemos que el Consejo Real de Castilla se había plegado (con algo más de resistencia que la ofrecida por el resto de Consejos, que se rindieron sin resistencia e incluso colaboraron fácil y activamente con los invasores) a las exigencias de las autoridades francesas al circular la renuncia de la «Corona de España» y de los derechos dinásticos de los Borbones en manos de NAPOLEÓN (*Oficio del REAL CONSEJO comunicando el Real Decreto por el que S.M. Carlos IV hace renuncia de su Corona a favor del Emperador de los franceses*, Madrid 1808, AS, CGA Caja 324-01). Derechos dinásticos que NAPOLEÓN había otorgado a su hermano José en una cesión que había sido también dada por buena por este mismo Consejo. De hecho habría que esperar al Decreto de 11 de agosto de 1808 para que el Consejo de Castilla decidiese por fin hacer frente jurídicamente al invasor declarando ilegales y nulos de pleno derecho todas las actuaciones realizadas por las autoridades francesas (incluyendo las sucesivas abdicaciones de los Borbones: *Orden del Consejo Real por la que se declaran nulos los Decretos de abdicación y cesión de la Corona de España, firmados por los Srs. Reyes D. Fernando VII y D. Carlos IV*, 1808, AS, CGA Caja 321-02); hecho que a la postre le serviría su supresión por NAPOLEÓN ordenada mediante los Decretos de Chamartín —concretamente el de 4 de diciembre de 1808— (PUJOL MONTERO, *El Consejo Real de Castilla en el reinado de Fernando VII*, cit., vol. I pp. 241-4).

⁴⁵ Estas ideas serían inicialmente desarrolladas en su dictamen al proyecto de RD que finalmente sería aprobado el 22 de mayo de 1809 presentado a la Junta Central el 21 de mayo, publicado bajo el título de *Consulta de la convocación de las Cortes por estamentos* (FERNÁNDEZ MARTÍN, *Derecho parlamentario español*, cit., pp.458-477).

⁴⁶ En este sentido se pronuncia la Audiencia de Cáceres en su *Memoria de la Audiencia de Cáceres sobre reunión de Cortes*, de 25 de noviembre de 1809, ACD SG 6/11, párrafo sexto.

«Nación» (para ellos estos términos son prácticamente sinónimos), como exigencia de recuperación de las «antiguas libertades». Por ello el Obispo de Orihuela dedica sus principales esfuerzos de su *Memoria* a fundamentar la legalidad y conveniencia de las mismas. La utilidad de las Cortes radica en que eran, según este autor, las sedes donde discutían y meditaban desde antiguo los «Prelados, Títulos, Procuradores de las Ciudades y Sabios del Reino» los asuntos más graves del reino. Por ello defiende este Obispo que su convocación evitaría los problemas de arbitrariedad y despotismo derivados de dejar que fuesen sólo unos pocos individuos (válidos) los que privadamente tratasen estos temas con el monarca. Para este Obispo es necesario recuperar la sujeción del monarca a «la discreción y decoro que prescriben la razón y la Religión, y forman su verdadera y más sólida gloria». Para ello nada más adecuado que las Cortes, que en realidad son según este Obispo cuerpos que «aseguran la gloria del Trono y facilitan el acierto de las providencias». ⁴⁷ Mientras que otros autores justificaban la convocación de las Cortes en la voluntad misma de FERNANDO VII, quien en su Real Decreto de 5 de mayo de 1808 ⁴⁸ habría ordenado la convocación de Cortes. ⁴⁹

Este sector de autores, veían compatible la constitución de una regencia reducida que se encargase del ejecutivo con la reunión de unas Cortes amplias en las que se diese cabida a la representación de los distintos estamentos. De hecho, una parte significativa y numerosa de estos autores concebirá paralelamente la necesidad de convocación de un «Concilio religioso nacional» que sirviese a la recuperación cristiana de la salud religiosa (acabando de esta manera con la corrupción de las costumbres en las que algunos creían ver la causa última de todos los males que azotaban a la «Nación»), de la misma forma que las Cortes debían abordar felizmente la salud política del «Reino» o de la «Nación».

Este conjunto de memorias e informes defendían la convocación por estamentos de las futuras Cortes, pero divergían en cuanto a la

⁴⁷ *Memoria del Obispo de Orihuela acerca de la reunión de Cortes y sobre disciplina eclesiástica*, de 2 de octubre de 1809 (ACD SG 5/52, párrafo segundo).

⁴⁸ Convocación que, a tenor de lo poco que sabemos del contenido de este Real Decreto, que no llegó siquiera a circularse, y del que sólo llegaron a tener conocimiento un escaso número de personas en aquel entonces, sólo debía realizarse para arbitrar los recursos necesarios para defender los derechos del monarca y su territorio frente al invasor francés, debiendo quedar reunida para lo que él ordenara.

⁴⁹ La *Memoria del Cabildo de Ciudad Rodrigo sobre mejoras de la legislación* (18 de septiembre de 1809), señalaba que: «Si la salud del pueblo es la suprema ley, en ningún tiempo ha sido más necesaria la convocación de las Cortes que en el estado actual en que se halla la Nación, profanada su Religión, arrebatado su legítimo Soberano, atacada su independencia y libertad y dilapidados sus fondos... Conviene, por lo mismo, la convocación de Cortes acordada por V.M. y su celebración según lo permitan las circunstancias y mayor distancia de los franceses del centro de la Nación», (ACD SG 6/20, Punto 1°).

forma de su convocación, dado que aseguraban que «no hay una regla fija en orden al modo con que se nombraban, y qué poderes e instrucciones se les daban». ⁵⁰

Esta diferencia de criterios venía motivada por la distinta composición estamental de los antiguos reinos: así, si en Castilla había tres estamentos —nobleza, clero y estado llano o común (representado por las ciudades de voto en Cortes)—, en Aragón eran cuatro los brazos (no estamentos, llamados así porque «abrazan y tienen en sí» al rey) que se componían de «Eclesiásticos, Nobles, Cavalleros y Hijosdalgos, y los del Gobierno de las Ciudades, Villas y Comunidades». ⁵¹ Curiosamente apenas aparece referencia alguna a las Cortes navarras; las únicas Cortes privativas que todavía se reunían independientemente del resto de territorios de la Monarquía. Tampoco aparecen referencias a los territorios vascos cuyas Juntas uniestamentales están ausentes de las reflexiones y fundamentaciones históricas de la «Consulta». Sí aparecen, sin embargo, referencias a las Cortes del antiguo Reino de Aragón, cuya estructura representativa territorial compuesta a partir de los obispados tanto difería de la castellana (construida sobre la base de las capitales de reino y provincia).

En lo referente a la forma concreta en que debía procederse a la representación de los distintos brazos o estamentos había distintos planteamientos. Algunos autores, como el Cabildo de Ciudad Rodrigo, entendían que debían ser las ciudades episcopales las que fuesen elegidas como demarcaciones territoriales de la representación. ⁵²

Sin embargo sobre este punto concreto no había demasiado consenso. El Obispo de Orihuela entiende que la «Representación Nacional» debía formarse a partir de los representantes que nombren las «Capitales de los Reinos» y aquellas ciudades a las que se le conceda voto en las Cortes. Pero no limita este autor la representación nacional a las ciudades con voto en Cortes, entendiendo que debe ampliarse, pero sin llegar en ningún momento a identificar dichas ciudades ni a remitirse a las ciudades que gozaron de voto en unas determinadas Cortes (dado que las ciudades que gozaron de dicho privilegio variaron en número e identidad a lo largo del tiempo).

En lo referente a las competencias de las antiguas Cortes, éstas se extendían según el Obispo de Orihuela al «estado del Patrimonio Real, el empeño de la Real Hacienda, el gasto de la Familia y Casa del Rey, la

⁵⁰ *Memoria de la Audiencia de Cáceres sobre reunión de Cortes* (25 de noviembre de 1809), ACD SG 6/11, párrafo 7°.

⁵¹ Gerónimo MARTEL, *Forma de celebrar Cortes en Aragón*, Zaragoza 1641, pp. 2-3 (cfr. CLAVERO, «Cortes tradicionales e invención de la historia de España», cit., pp. 163-4).

⁵² *Memoria del Cabildo de Ciudad Rodrigo sobre mejoras de la legislación* (18 de septiembre de 1809), ACD SG 6/20, punto 2°.

inversión de las Rentas del Estado, la imposición de Tributos, el uso de la liberalidad de los Príncipes, la observancia de las Leyes, el adelanto de la Policía, y las mejoras de la Economía».⁵³

Por su parte, entendía este Obispo, que la principal función de los diputados debía ser la de «decir y pedir» al rey con entera libertad pero guardando siempre el debido decoro, las necesidades y reformas relativas a su respectiva provincia o ciudad,⁵⁴ pero también «en lo que tocara al mejor nombre y Gobierno del Rey, y de sus Ministros». Las Cortes deberían ser consultadas ante determinadas cuestiones por el monarca, así como ejercer cierto control sobre los «Ministros» del rey (sujetos jurídicamente responsables de los actos y decisiones del monarca),⁵⁵ así como examinar los gastos de la «Casa Real».

Por su parte, otros autores como la Audiencia de Cáceres entendían que en las circunstancias bélicas y de vacío de poder, lo más adecuado era recurrir a la estructura representativa inferior del Antiguo Régimen: los corregidores.⁵⁶

Otra propuesta distinta sobre estas cuestiones es la presentada por el Obispo y Cabildo cordobeses, quienes defendían que la futura Constitución del reino debería reconocer al monarca el derecho de citación extraordinario de las Cortes siempre que lo juzgase conveniente, mientras que la reunión ordinaria de las Cortes debería celebrarse cada cuatro años a fecha determinada (concretamente proponen el 20 de abril) «sin necesidad de citación».

También son partidarios del establecimiento constitucional de una serie de normas orientadas a garantizar los derechos de la nación frente al monarca, centrándose: en primer lugar, en la garantía de la ordinaria reunión de las Cortes a fecha determinada y sin citación real, así como la unidad corporativa de las Cortes pese a que se compusieran de diputados de distintos gremios; en el reconocimiento, en

⁵³ Memoria del Obispo de Orihuela acerca de la reunión de Cortes y sobre disciplina eclesiástica (2 de octubre de 1809), ACD SG 5/52, párrafo 3.

⁵⁴ De nuevo en la estela de la tradición representativa del Antiguo Régimen, según la cual cada diputado representaba a la corporación que le había enviado, sometido a los límites establecidos en los poderes que se le otorgaban.

⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 39.

⁵⁶ La Memoria de la Audiencia de Cáceres sobre reunión de Cortes (25 de noviembre de 1809) señalaba: «En esta virtud, y en la de que teniendo ocupadas las tropas enemigas tantas ciudades y villas, ni éstas ni los Prelados ni Nobleza podrán nombrar Procuradores de Cortes, acaso convendría que las convocatorias se entendiesen con los corregidores y jueces cabezas de partido que están libres de los enemigos para que, enterando a los pueblos de su distrito de los fines a que se dirigen, se junten en consejo y nombren dos diputados, y que el día que les señalen concurren a la cabeza de partido y juntos con ésta, nombren uno o dos procuradores apios (sean o no capitulares) a quienes den las instrucciones o peticiones que estimen convenientes, y habilitados con poderes amplios se presenten con ellos a las Cortes; por cuyo medio se suple la falta de los demás y son oídos todos los pueblos, a lo que contribuye que si es forzosa alguna nueva imposición o tributo, es necesario que todas las ciudades y villas del Reino lo sientan y otorguen según está mandado por otra ley de la Recopilación», (ACD SG 6/11, p. 9°).

segundo lugar, del derecho de autodisolución de las propias Cortes; en tercer lugar, en el reconocimiento de la potestad de autoorganización de las mismas, alejando la posibilidad de intervenciones obstaculizadoras del monarca, potestad que incluiría tanto el nombramiento del presidente de las Cortes por los mismos diputados, sin intervención real, como el nombramiento de los «fiscales nacionales» y los secretarios de las Cortes;⁵⁷ en cuarto lugar, la garantía de la inviolabilidad de los diputados y «defensores» serviría para conservar los derechos del reino, impidiendo la violación de los mismos mediante la coacción directa sobre sus representantes,⁵⁸ y que se completaba con un derecho abierto y extenso de proposición al monarca;⁵⁹ la determinación de la atribuciones de las Cortes serviría, en quinto lugar, a la identificación y protección de los derechos del reino, así como a la garantía del equilibrio constitucional de poderes;⁶⁰ para garantizar el equilibrio de poder proponían estos autores, en sexto lugar, el establecimiento de un control de las Cortes sobre las acciones de los ministros del rey, como única forma de garantizar cierta responsabilidad de un ejecutivo monárquico cuando la figura y persona del monarca son jurídicamente inviolables e irresponsables;⁶¹ defendiendo, por último, la aprobación de las decisiones de las Cortes por mayoría.⁶²

Para el Obispo y el Cabildo, a pesar de la previsión de unidad corporativa de las Cortes, los distintos diputados y «defensores» defendían los derechos de los distintos cuerpos, y no un presunto «interés general» del reino, dado que éstos entienden que «los poderes serán iguales e ilimitados, pero revocables sin justificación de causa». El carácter ilimitado de los poderes de los diputados pretende contribuir al correcto funcionamiento orgánico de las Cortes, mientras la natu-

⁵⁷ *Ibid.*, párrafos 47, 57 y 58.

⁵⁸ «Las personas de todos los concurrentes a las Cortes serán inviolables y sagradas, y ninguno jamás podrá ser reconvenido directa ni indirectamente, ni por el Rey ni por las Cortes, con motivo de algún voto o propuesta» (*ibid.*, párrafo 60).

⁵⁹ «Las Cortes podrán proponer al Rey cuanto juzguen conveniente en cualquier materia, y sus diputados no podrán ser impedidos de hablar con el Rey en persona, quedando los ministros de la nación responsables de cualquier contravención a esta ley» (*ibid.*, párrafo 51).

⁶⁰ En este sentido la potestad legislativa debía recaer en la figura del Rey, mientras la iniciativa respondería a su juicio a la «petición previa de las Cortes», a las que correspondería también, según el parecer del Obispo y el Cabildo cordobeses, la aprobación de los tributos, tanto ordinarios como extraordinarios, que el monarca propusiese a las mismas.

⁶¹ «Los ministros estarán obligados a dar cuenta personalmente en las Cortes de cuanto se les pregunte por ellas». Pese a ello determinadas materias deberían ser excluidas por su naturaleza de esta regla: concretamente los tratados de paz y guerra deberían, según estos autores, ser analizados por una comisión de cinco individuos que traten estos asuntos personalmente con el Rey (*ibid.*, párrafo 50).

⁶² Sin embargo exigían mayoría cualificada en determinadas materias, como la exigencia de las 7 partes de los votos en tres sesiones distintas para que una ley sea aprobada «sentativamente por el Rey», con la obligación de dar parte al monarca de tal resolución (*ibid.*, párrafo 54).

raleza revocable sin exigencia de justificación alguna constituye una evidente salvaguardia de los derechos de las distintas corporaciones y estamentos, que retienen para sí los poderes comitados a los representantes.⁶³

Si para la correcta constitución de las Cortes proponían la celebración de unas «Ante-Cortes», para el período intermedio entre la reunión de las Cortes ordinarias pretendían el establecimiento de un «Consejo verdaderamente Supremo de la Nación»⁶⁴ (tomado, según estos autores, del ejemplo del «Justicia» aragonés). Reivindicaban con ello la constitución de un «Consejo de la Nación»⁶⁵, así como la obligación real de consultar «a sus Consejos públicos» —en contra de la degeneración institucional del Antiguo Régimen que había llevado (según estos autores) a convertir al Consejo de Estado en un auténtico Consejo privado del rey—. En lo que respecta a la configuración de este «Consejo Supremo Nacional», destacan las siguientes características: **a)** sería un Consejo «verdaderamente supremo en honores y jurisdicción», que abarcaría «todos los negocios de la Monarquía, exceptuando solamente los pleitos entre particulares»; **b)** sus 30 miembros se elegirían por las mismas Cortes así como su presidente, y gozarían de la misma inviolabilidad de los diputados y defensores de las Cortes; **c)** su autoridad se extendería al interludio cuatrienal entre las distintas reuniones de Cortes ordinarias (dado que proponen la no cesación de sus funciones cuando se produzca la citación real de unas Cortes extraordinarias); **d)** entre las competencias del Consejo debía encontrarse la disposición del «Código legislativo», que se sometería a la aprobación de las futuras Cortes, y para el correcto desempeño de sus funciones podría este Consejo enviar sus diputados a tratar directamente con el monarca; **e)** se defendía la prohibición de publicación de

⁶³ Como curiosidad novedosa, estos autores proponen el establecimiento de unas «Ante-Cortes», siguiendo el ejemplo de las «Dietinas» —que servían a la constitución de la «Dieta grande» en el antiguo modelo constitucional polaco—, con las que pretenden organizar adecuadamente un complejo proceso de elecciones locales que terminarían en la posterior reunión (concretamente un año después de iniciado el proceso de «Ante-Cortes») de las futuras Cortes. La elección de los representantes de las «ciudades, villas, pueblos, cuerpos, etc.» bajo el título de «procuradores, diputados, o cualquiera otro» debería realizarse por el mismo procedimiento y en el mismo número que en las «Cortes generales», con la única diferencia de que en las «Ante-Cortes» todos los asistentes disfrutarían del derecho de voto.

⁶⁴ Esta necesidad de un Consejo «verdaderamente Supremo» hacía referencia a la debilidad —según estos autores— característica del aparato polisinodial de la Monarquía Católica en la que ni el Consejo de Indias, ni el de Guerra, ni el de Marina, ni el de Hacienda, ni siquiera el de Castilla (reducido a «las ceremonias que usan con él las Reyes, a proponer y promulgar leyes de cierta clase y a decidir de algunos litigios en último recurso») gozaron realmente de «supremacía» (ibid., párrafo 63).

⁶⁵ Nótese que estos autores hablan en su memoria constantemente de «Reinos», pero cuando hablan de la creación de este Consejo se refieren al mismo con la denominación de «Consejo Supremo de la Nación».

ley alguna en el período intermedio de Cortes, si bien se matiza al señalar que «si hay necesidad de alguna nueva ley, el Rey y el Consejo Nacional unidos podrán establecerla sin que tenga más fuerza que la de reglamento interino, y aun en esta calidad dejará de regir desde el mismo día en que deban convocarse las Cortes»; **f)** por último, este Consejo debería dar cuenta de lo actuado ante las Cortes ordinarias reunidas y su responsabilidad se sustanciaría mediante su «residencia», al tiempo que la presentación de los poderes de los diputados y defensores de las Cortes ordinarias se realizaría ante el mismo Consejo.⁶⁶

Para estos autores la tradición jurídica y política del Antiguo Régimen se imponía como una exigencia inapelable de conservación de la propia identidad cultural, del orden social, de la identidad católica, en definitiva, del privativo imaginario colectivo amenazado por la invasión militar francesa —exportadora de su propio ideario social y jurídico-político revolucionario—. Ello no impide, sin embargo, que algunas ideas del pensamiento ilustrado llegasen a aceptarse en el imaginario colectivo de la España de finales del XVIII y principios del XIX, de la mano del ideario y la obra reformista de gentes de la talla de JOVELLANOS, CAVARRÚS, CAMPOMANES.

La historia es fuente de derechos para la nación y de «libertades» para los individuos —concebidos corporativamente como elementos parciales e inacabados en el seno de una férrea estructura socioestamental— que es necesario garantizar institucionalmente. La necesidad imperiosa de defensa contra los males del despotismo es una constante en el pensamiento de este primer modelo representativo. Son muchas las expresiones contra el despotismo ministerial, el excesivo desarrollo de la administración regia, y la falta de limitación de los poderes regalistas. Pese a ello no hay en estas ideas atisbo alguno de cuestionamiento al «gobierno monárquico» que caracteriza según estos autores a la «Constitución del Reino»: el monarca debe ser y es claramente para estos autores el «Supremo Legislador», así como ostentar el poder ejecutivo.

Sin embargo esta concepción es consciente de la debilidad de los mecanismos de contención del poder regio «en sus justos límites». Por eso defendían que la religión fuese no sólo el baluarte de los derechos del rey, el garante de su autoridad y obediencia por parte de sus súbditos, sino también su limitación —aunque este contrapeso tuviera una definición moral, sin garantía jurídica alguna—.

Este recurso religioso era juzgado por otros como ineficaz. Por ello el Obispo de Orihuela defiende la necesidad de que los reyes juren las

⁶⁶ Con arreglo al modelo representativo del Antiguo Régimen, se defendía el mandato imperativo de los procuradores que los distintos estamentos debían enviar a Cortes.

leyes que les obliguen a formar Cortes periódicamente; así mismo y para impedir que el monarca pueda corromper a los «*Diputados de Cortes*» entiende que estos últimos no deben elegirse muy anticipadamente, como pronto cinco meses antes de la reunión de las Cortes (para evitar la posibilidad de que el monarca les ofreciese prebendas con las que anulase su voluntad crítica).⁶⁷ El rey deberá prestar juramento «*sobre los Santos Evangelios*» para obligarse tanto a juntar Cortes como a resolver los agravios en las «*Audiencias públicas*».

Con objeto de evitar la arbitrariedad despótica de los validos sostiene, el Obispo de Orihuela, la necesidad de no dar preferencia a la nobleza en los empleos públicos, así como que dentro de ésta que no se diese más importancia a la nobleza de espada que a la togada. Así mismo defiende que se regule mediante ley, que jure obligatoriamente el príncipe, las características esenciales que debe tener un valido, distinguiendo «*la Privanza de la Familiaridad que es muy justo tenga el Príncipe con algunos de sus Ministros, o con todos*».

En materia tributaria, el creciente peso impositivo que los distintos estamentos sufren para costear la administración regia, les lleva a proponer que la administración y recaudación se realizase por los propios estados contribuyentes.⁶⁸

Con objeto de garantizar una mayor seguridad jurídica, que permitiese una mejor defensa de los derechos de cada cuerpo, proponían algunos autores la reducción de jurisdicciones y la prohibición de la interpretación de las leyes⁶⁹ (en la que veían el origen de buena parte de la corrupción moral de la sociedad). Así, el Obispo de Menorca planteaba la necesidad de que las jurisdicciones del Antiguo Régimen se redujesen a tres: la eclesiástica, la civil —que incluiría «*las justicias de los pueblos y tribunales del reino*»—, y por último la militar —en la que el Obispo incluiría las jurisdicciones de correos, hacienda y guerra—. ⁷⁰ Mientras que para el Obispo de Orihuela la conservación de la

⁶⁷ Memoria del Obispo de Orihuela acerca de la reunión de Cortes y sobre disciplina eclesiástica, ACD SG 6/2, párrafos 11, 37 y 40.

⁶⁸ «*La recaudación y administración de las rentas del Estado podrá hacerse con más facilidad y menos dispendios por los mismos estados contribuyentes...*» de forma que por «*este medio se ahorrarían muchos sueldos de recaudadores, administradores, y dependientes cobradores que causan graves vejaciones a los pueblos, y se aumentarían los brazos útiles para las armas, agricultura y artes...*»

(Memoria del Cabildo de Ciudad Rodrigo sobre mejoras de la legislación (18 de septiembre de 1809), ACD SG 6/20, Punto 6°).

⁶⁹ En este sentido se expresaba la Memoria del Obispo de Orihuela acerca de la reunión de Cortes y sobre disciplina eclesiástica (2 de octubre de 1809): «*Proscribanse los infinitos autores legales, intérpretes, cuya diferencia y aún contradicción, desfigura la justicia, convierte en un Babel a la Monarquía...*» (ACD SG 5/52, párrafo 41).

⁷⁰ Memoria del Obispo de Menorca sobre mejora de la legislación española, ACD SG 6/22, párrafo 16.

moral y pureza cristianas exigían que el clero conservase jurisdicción en asuntos no sólo eclesiásticos, sino también civiles.⁷¹

A nivel jurídico, el Obispo de Menorca defendía la formación de una «*colección*» clara y sucinta que comprendiese las leyes fundamentales del reino. Esta colección, que debía realizarse por los legisladores y canonistas más sabios «*católicos y patricios del Reino, ya eclesiásticos, ya seculares*», en colaboración con el «*supremo Consejo*», y que debería ser, a su juicio, sometida a juramento tanto por los monarcas como por «*todos los estados y clases de personas antes de posesionarse en sus empleos*», sin que pudiera producirse ninguna alteración en dicha «*colección*» sin la concurrencia de las Cortes.

La «*Historia*» se constituye así en limitación jurídico-política para este primer modelo representativo: la tradición también limita jurídicamente las posibilidades de construcción del nuevo orden político, por la sencilla razón de que la «*Historia*» es en el universo cultural del Antiguo Régimen fuente jurídica de derechos, libertades y obligaciones, de forma tal que los contemporáneos no pueden actuar en contra, no pueden según estos autores derogar los derechos (los privilegios y también las obligaciones) surgidos de la «*Historia*». La tradición tiene, para estos autores, valor jurídico en la cultura jurídico-política del Antiguo Régimen, por lo que la «*Historia*» se constituye a la vez en fuente y limitación jurídica de derechos y obligaciones de los distintos cuerpos (y en la medida de su adscripción a las distintas corporaciones también de los individuos) del Antiguo Régimen. Por ello, la tradición se constituye en esta concepción representativa en límite «*constitucionalmente constituido*» a la configuración del futuro sistema representativo: porque el respeto de la tradición impone la garantía de los antiguos privilegios representativos.

En lo que hace referencia a la opinión de los distintos autores sobre la parte que los americanos deberían tener en la composición de la futura representación nacional, éstas varían desde la hermandad⁷² a la más hipócrita discriminación, pasando por el paternalismo.⁷³

⁷¹ Para el Obispo de Orihuela la «*judicatura se hermana muy bien con el sacerdocio*», y pese a que reconoce que la «*Ley Evangélica*» está separada del «*Imperio temporal*», defiende abiertamente que los sacerdotes ocupen «*las Judicaturas, Consejos, Tribunales de Gracia y Justicia, donde no hay efusión de sangre*» (Memoria del Obispo de Orihuela acerca de la reunión de Cortes y sobre disciplina eclesiástica, ACD SG 5/52, párrafo 23).

⁷² En este sentido la Memoria del Cabildo de Ciudad Rodrigo sobre mejoras de la legislación concibe a los americanos como hermanos, cuyos subsidios constituyen una valiosa ayuda en las circunstancias entonces presentes, de necesaria conservación por lo que se sugiere estrechar los «*vínculos de amistad y amor al Soberano, y será más fácil conservarlas y mantenerlas en su integridad*» (ACD SG 6/20, Punto 10°).

⁷³ Paradigma de esta última sería la actitud adoptada por el Obispo de Menorca, para quienes los españoles americanos eran individuos de «*de nuestra Nación*» en tanto que vasallos del mismo monarca, por lo «*con tanto derecho a voto en Cortes como los habitantes de la Península*», pero esa representación debería arreglarse de distinta manera a la conti-

En definitiva, los rasgos esenciales de este primer modelo representativo serían: reconocimiento del poder ejecutivo y legislativo del monarca; convocación de las Cortes; mandato imperativo de los procuradores en Cortes; recurso a la tradición jurídico-política de la Monarquía (aunque se trata de un concepto indeterminado); indistinción del sujeto político cuyos derechos deben garantizarse por el nuevo orden político («Nación», «Reino», etc); conservación del orden socioestamental y garantía de los privilegios de cada estamento; elaboración de una «Constitución» o «Código» que recoja claramente los derechos de cada cuerpo; constitución de una regencia que se haga cargo del ejecutivo en aplicación de las previsiones contenidas en las Partidas respecto de los supuestos de minoría de edad del príncipe heredero; y, por último, una actitud de superioridad o condescendencia hacia los territorios americanos de los que preocupa su conservación.⁷⁴

3.2. Tradición y Territorio. Representación en Cortes de las Juntas Provinciales

La segunda gran concepción de la representación en Cortes que aparece recogida en los distintos informes y memorias de la «Consulta al país», sostiene que la representación legítima de la nación se halla en las distintas provincias en tanto que depositarias de la soberanía reconquistada frente al invasor, así como en su condición de guardianas de las identidades privativas de los distintos territorios.⁷⁵

Esta teoría se caracteriza por la extraña combinación de dos elementos singulares: por un lado, el respeto a la tradición representativa que ha conformado a lo largo de siglos la identidad de cada cuerpo; de otro, la atribución de la máxima autoridad jurídico-política a las distintas Juntas Provinciales. La defensa de la soberanía de las Juntas Provinciales no se realiza en términos de supervivencia de una legitimidad revolucionaria, sino muy al contrario se atribuye a estas

mental, defendiendo que los representantes americanos puedan asistir a todas las sesiones pero solamente gocen de derecho de voto en los asuntos relativos a sus tierras «careciendo de dicho voto en los asuntos que sólo mirasen a la Península» (*op. cit.*, ACD SG 6/22, párrafo 49).

⁷⁴ Esta teoría puede condensarse en las siguientes palabras: «no habrá necesidad de destruir desde los cimientos el antiguo edificio de nuestras Asambleas generales...; sería igualmente peligroso el despojar a los que hasta ahora han tenido la representación nacional que dejarla privativamente en sus manos», de la Memoria del Ayuntamiento de Granada acerca de la reunión de Cortes, (ACD SG 6/1, párrafo 15°).

⁷⁵ Cuantitativamente éste es el modelo representativo por el que optan un menor número de informes y memorias de la «Consulta al país»: lo que explica, junto a su menor desarrollo teórico, la menor extensión que dedicamos a su estudio.

Juntas la garantía de conservación de las identidades, derechos y libertades tradicionales de los distintos territorios que fueron sometidos y anulados, según estos autores, durante siglos bajo el yugo del absolutismo despótico.

El respeto y la conservación de la «tradición» responde a la preservación de las identidades culturales y jurídicopolíticas de los antiguos reinos, convertidos posteriormente en provincias.⁷⁶ Y esta defensa de la tradición explica el rechazo que algunos defensores de esta concepción sienten hacia la constitución de unas futuras Cortes, como la Junta Provincial de Granada que se opone por considerar la introducción de novedades en el gobierno del país como un mal perjudicial para el futuro del reino.

La Memoria de la Junta Superior de Córdoba puede considerarse el paradigma de este segundo modelo de representación.⁷⁷ La Junta de Córdoba entendía que para lograr la representación de la nación no era necesario «el estorbo y la materialidad de buscar el voto de cada ciudadano», puesto que la nación encontraba en aquellas circunstancias su primera representación en las Juntas Provinciales: que eran concebidos como «cuerpos establecidos y sancionados con toda legalidad que, según el voto del pueblo, representan legítimamente la masa entera de la Nación».⁷⁸ Dos eran las condiciones que hacía de las Juntas Provin-

⁷⁶ En ningún caso se procede a identificar el concepto de «provincias» a la que constantemente se hace referencia, sin identificar si se trata de las «provincias» establecidas a efectos fiscales o las provincias institucionalizadas; tampoco se hace referencia alguna a aquellos territorios que conformaban un «cuerpo de provincia», como las Provincias Vascaas, dotadas de su concreta especificidad institucional en las «Juntas» [PORTILLO VALDÉS, *Monarquía y gobierno provincial. Poder y Constitución en las Provincias Vascaas (1760-1808)*, CEC, Madrid 1991]; por último tampoco se hace referencia a aquellos territorios que habían obtenido a lo largo del siglo XVII el voto en Cortes «colectivo», como los casos de Extremadura y Galicia que obtuvieron la concesión del voto en Cortes «colectivo» otorgado al territorio en sí y no a una concreta ciudad, voto que se traducía en la práctica en un turno riguroso de determinadas ciudades: Badajoz, Mérida, Plasencia y Trujillo y (las villas de) Cáceres y Alcántara en Extremadura, y las ciudades cabecera de provincia en el caso de Galicia (BERMEJO CABRERO, «En torno a las Cortes del Antiguo Régimen», cit., pp. 168-173).

⁷⁷ Para llevar a cabo este objetivo la Junta Superior de esta provincia ordenó la creación de una «Junta» *ad hoc* para la elaboración de un informe común, que debía componerse de los comisionados designados por la Junta Superior Provincial de Córdoba, su Ayuntamiento, su Cabildo y su Real Audiencia.

⁷⁸ Más allá de la problemática derivada de la indeterminación de los conceptos de «nación» y «provincia», esa vaga y genérica advocación de las Juntas Provinciales como primer escalón de un sistema representativo de varios grados pasa por alto el problema de la propia composición social de estas distintas Juntas. Las Juntas de los distintos territorios se caracterizaron por la heterogénea diversidad en cuanto a composición, competencias e incluso denominación. Con la constitución de la Junta Central se inició un proceso de sometimiento de estas Juntas Provinciales a la autoridad de la Central: se suprimieron las Juntas locales con objeto de reforzar las Juntas Provinciales (las que se encontraban en la cabeza de la provincia); se trató de homogeneizar la composición de las mismas mediante el Reglamento de 1 de enero de 1809 de la Junta Central (con objeto de constituir las en

ciales la base fundamental de la representación de la nación: en primer lugar, que ellas conservaban la representación espontánea de la nación sancionada por la legalidad; y en segundo lugar, las Juntas Provinciales estaban compuestas «de todas las autoridades y de todas las clases de la república», puesto que en ellas podían hallarse representantes de los ayuntamientos, del clero secular y regular, de la nobleza y del tercer estado.⁷⁹ Por tanto esta segunda concepción concibe la representación de ese indeterminado sujeto «nacional» en el marco de una concepción estamental, sin que por ello se defiende una convocatoria separada de estamentos.

En definitiva, los rasgos esenciales de este segundo modelo representativo, serían los siguientes: en primer lugar, la atribución de la principal relevancia jurídica a una «nación» que aparece absolutamente indefinida, más allá de lo que parece ser la definición peninsular (con exclusión de las Juntas americanas) de la misma; en segundo lugar, se caracteriza por responder a una concepción estamental de la sociedad, pero sin defender una convocatoria a Cortes separada de los distintos estamentos, sino que se recurre a las Juntas Provinciales — en las que creen ver aceptablemente representados todos los cuerpos—; por último, los territorios americanos son los grandes olvidados de esta escasamente elaborada concepción representativa.

3.3. Revolución y Territorio. La Fundamentación Corporativo-Territorial de la «Nación»

El elevado número de memorias e informes que se agrupan en torno a este tercer modelo, así como su notable grado de elaboración, justifica la extensión de nuestro análisis, que para una mejor comprensión se expondrá en los siguientes epígrafes:

3.3.1. Respeto a la tradición pero sin someterse exclusivamente a ella para construir la «nación» y hacer frente a los peligros que la amenazan

Los partidarios de esta teoría son conscientes de la función vertebradora que la tradición realiza en el entramado cultural del Antiguo

«lazo de unión entre los pueblos y el Gobierno Central»), limitando a nueve el número de sus vocales así como reduciendo sus competencias y honores, pero aún así la procedencia socioestamental de estas Juntas era diversa en los distintos territorios (FERNÁNDEZ MARTÍN, *Derecho parlamentario español*, cit., pp. 433-4).

⁷⁹ Memoria de la Junta Superior de Córdoba acerca de la convocatoria de Cortes, de 26 de noviembre de 1809 (ACD SG 5:45).

Régimen, por lo que su aceptación se realiza tamizada por un barniz crítico.⁸⁰ Por ello, estos autores entendían que de la tradición no podían extraerse exclusivamente los fundamentos del nuevo orden socio-político que las necesidades de las nuevas circunstancias imponían.⁸¹ Era preciso para estos autores, por tanto, desprenderse definitivamente de ese elemento normativo tan consustancial a la cultura jurídico-política del Antiguo Régimen, el respeto al valor constitutivo de la tradición, para construir un nuevo concepto de nación, para garantizar tanto la dignidad política como los derechos y libertades de la nación.

La coyuntura histórica había permitido, según estos autores, el surgimiento de un nuevo y poderoso sujeto político, que en última instancia respondía en su concepción, sus derechos y libertades, su entidad y las garantías de su poder a las concepciones políticas contemporáneas sociocontractualistas y revolucionarias, por más que en su comprensión sociocultural por el conjunto de individuos y cuerpos de la nación misma no fuese posible trascender de los parámetros corporativos y procesales de la cultura jurídico-política del Antiguo Régimen.

Si la monarquía recibe su autoridad de un pacto originario celebrado con la «nación», en el que ambos sujetos se aprestan a cumplir las obligaciones estipuladas, ninguno de los sujetos del negocio jurídico puede atribuirse la facultad de modificación *plenitudo potestatis* del contrato social. Esta incapacidad jurídica del monarca para decidir en exclusiva el sentido de la reforma de las «bases constitucionales» del reino se extiende a sus representantes. Aquí radican buena parte de los enormes problemas de legitimidad que afectaron a la Junta Central, quien en su doble condición de órgano ejecutivo producto del acuerdo de las distintas Juntas Superiores Provinciales y al vez depositario interino de la autoridad real delegada más o menos

⁸⁰ Esta visión crítica del valor constitutivo e integrador de la tradición en los esquemas omnicomprendivos culturales del Antiguo Régimen aparece con singular claridad en el Informe de Comisión de la Universidad de Sevilla para dictaminar sobre modo y forma de reunir las Cortes: «Si, cuando se trata de mejorar los códigos de los pueblos, cuidan los varones prudentes de no destruir lo que la antigüedad ha zanjado, y quieren antes dejar con ciertas imperfecciones el edificio que remover del todo sus cimientos, es por no destruir aquella veneración respetuosa que sólo el tiempo y la costumbre de obedecer concilia a las leyes; y por no excitar el espíritu de inconstancia que bajo pretexto de mejora, podría trastornar las que ellos pretenden dejar establecidas» (*Ibid.*, p. 265).

⁸¹ «Pero ¿qué respeto pueden tener los pueblos de España a unas leyes que apenas son conocidas de los eruditos? Si ayer se hubieran celebrado las últimas Cortes, si sólo bajo su antigua forma tuvieran la veneración de los pueblos, ellas salvarían la patria por imperfectas que fuesen; y sería un desatino el que debilitara la fuerza de la opinión con pretexto de mejorarlas; mas para la nación sólo queda de vuestras cortes el nombre, y una confusa y errada idea de que la representaban. Partamos, pues, de este principio, y no atendamos a otro caso que a sacar el mejor partido que permitan las actuales circunstancias...» (*Ibid.*).

expresamente por FERNANDO VII,⁸² era al mismo tiempo titular de las dos legitimidades jurídico-políticas enfrentadas: la real y la revolucionaria. Este hecho determinaba que la Junta Central fuese criticada como agente revolucionario por los sectores más regalistas, mientras que se tachaba de reaccionaria por los grupos liberales más exaltados de las distintas Juntas Provinciales.⁸³

La cuestión de la legitimidad del poder de la Junta Central era esencial: con ello estaba en juego la legitimidad política y la validez jurídica de todo el edificio jurídico-político que la Junta Central, en tanto que promotora y artífice, estaba construyendo. El tercer modelo de representación entendía que ni el desempeño de sus funciones ejecutivas ni el origen de su autoridad, facultaba a la Junta Central para convertirse en legítima artífice de las reformas constitucionales.

Esta tercera concepción representativa entiende que las Juntas Provinciales representan a los distintos territorios frente a los dos grandes enemigos de la nación: las tropas francesas y el despotismo del Antiguo Régimen. Sin embargo, esta concepción no atribuía la representación en Cortes de las provincias a las Juntas Provinciales, a diferencia de la segunda concepción representativa, por tratarse de instituciones de diversa factura y concepción, con diferentes atribuciones competenciales, surgidas como respuesta a los imperativos bélicos, e inadecuadas como sistema definitivo de organización política. El hecho de que las Juntas Provinciales se hubiesen autoproclamado inicialmente como soberanas, había abierto un camino que podía conducir hacia el federalismo: proceso del que no eran en absoluto partidarios estos autores. Además, estos autores entendían que la construcción de la nación debía llevarse a cabo conjurando para siempre el riesgo de la división nacional, de los conflictos sociales o territoriales, así como de las diferencias políticas inherentes en el privilegio político, lo que impedía construir la representación sobre la base de las Juntas Provinciales.

Los partidarios de esta tercera concepción representativa —gentes cultivadas y versadas en los principios de la Ilustración—,⁸⁴ tenían

⁸² De nuevo con referencia imprecisa al RD de 5 de mayo de 1808 por el que FERNANDO VII ordenó la reunión de Cortes con objeto de obtener los arbitrios necesarios para declarar la guerra al invasor.

⁸³ Así como por los partidarios de esta tercera concepción representativa, al entender que la convocación de las futuras Cortes era una cuestión que no competía al monarca, porque dejar en sus manos la reunión de la nación impedía a ésta la defensa de sus derechos, y por tanto tampoco podía ser realizada por la Junta Central que ocupaba interinamente el poder del monarca.

⁸⁴ «Nada puede añadir esta Universidad a lo que han escrito los filósofos del siglo pasado sobre esta materia; ningún hombre de instrucción y luces ignora lo que alcanza la previsión humana en el establecimiento de un buen gobierno» (Informe de Comisión de la Universidad de Sevilla para dictaminar sobre modo y forma de reunir las Cortes, cit., pp. 273-4).

buen conocimiento de las experiencias revolucionarias norteamericana y francesa. Ésta última era rechazada por dos motivos evidentes: de un lado (y principalmente) la conservación de la identidad privada de la nación impedía que ésta claudicase adoptando el modelo revolucionario del invasor francés, que había tratado ya de imponerse a la nación española mediante la *Constitución de Bayona*,⁸⁵ con la que NAPOLEÓN trataba de legitimar y consolidar el sistema político del que José BONAPARTE era testaferro; por otro lado, no eran partidarios de llevar la revolución al extremo al que se había llegado en el país vecino e invasor: se trataba de recuperar la nación e imponer un equilibrio constitucional de poderes.

Poseían también el ejemplo de la revolución americana,⁸⁶ de la que se sentían cercanos al entender que, de la misma manera que los colonos norteamericanos lograron huir del despotismo europeo y obtuvieron su propia libertad comprando sus tierras en América, los españoles habían logrado recuperar su libertad y el resto de sus derechos frente al despotismo mediante la reconquista del territorio nacional.⁸⁷

3.3.2. Crítica de la antigua representación

La labor crítica de desenmascaramiento ideológico que los partidarios de esta tercera teoría llevan a cabo para deslegitimar y erosionar las opciones legitimistas del modelo representativo del Antiguo Régimen, es fundamental para comprender tanto la propia coherencia interna de su propuesta como los objetivos o fines a los que sirve. La aceptación severamente crítica de la tradición y los antiguos meca-

⁸⁵ *Constitución de Bayona*, 1808, AS, CGA Caja 296-28 y 36316.

⁸⁶ Algunos textos esenciales del modelo revolucionario norteamericano: T. PAINE, *Sentido común y otros escritos*, Tecnos, Madrid 1990 y *Los derechos del hombre*, Alba, Madrid 1986; JEFFERSON, «Alocución inaugural a los ciudadanos», en *Autobiografía y otros escritos*, Tecnos, Madrid 1987; y sobre todo la fundamental descripción en muchos aspectos todavía vigente en los EE.UU. contemporáneos TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, dos vols., Alianza Madrid 1996. Una introducción a la Revolución americana desde distintas perspectivas: desde la Historia del Constitucionalismo M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, Trotta, Madrid 1996; desde la Ciencia y Teoría Política: C.B. MACPHERSON, *La democracia liberal y su época*, Alianza, Madrid 1994; J. GRAY, *El liberalismo*, Alianza, Madrid 1992.

⁸⁷ Sin embargo, estos autores ignoraban que la experiencia revolucionaria norteamericana no podía extrapolarse a la situación española del período 1808-1810: las influencias culturales anglosajonas; la cultura de libertad de la Inglaterra del XVII que los colonos ingleses exportaron a sus colonias en Norteamérica; la sociedad igualitaria de hombres libres que lograron establecer los colonos norteamericanos; la tolerancia religiosa; la enorme extensión y riqueza natural de aquellos territorios tan distintos entre sí, pero no tan distantes como realmente estaban las provincias españolas tras siglos de incomunicación y desencuentro de intereses; impedían la adopción en el territorio y las circunstancias españolas del modelo revolucionario norteamericano que, pese a ello, podía ser fuente potencial de algunas interesantes influencias en el terreno de los principios políticos.

nismos de reproducción del poder regio, la erosión de las antiguas Cortes y la voladura controlada de los cimientos del antiguo modelo representativo —incapaces de sostener los cimientos del nuevo edificio nacional—, les sirve a estos autores para edificar el nuevo modelo representativo conjurando el peligro de perecer bajo los escombros del pasado.

Los partidarios de este modelo representativo parten críticamente de la hegemonía histórica del poder real sobre las Cortes,⁸⁸ que habría determinado tanto la debilidad de la institución representativa como la variada pluralidad e incertidumbre de «los derechos de asistir a ellas». Las Cortes eran consideradas instrumentos al servicio del poder real. Éste se sirvió, según estos autores, de los magnates y obispos cuando el sistema jurídico-político de los godos requirió de su concurso. Cuando la monarquía necesitó los socorros de las ciudades para sanar los maltrechos erarios recurrió a admitirlas en sus Cortes. Más tarde, las exigencias de acumulación y acrecentamiento del poder regio convirtieron a sus otrora principales sostenes en enemigos, de ahí la formación de Cortes sin dar llamamiento a los «obispos y Grandes» a partir del s. XVI en Castilla. La historia de las Cortes demostraba que eran sólo instrumentos del poder regio, mecanismos de reproducción del poder político y militar, mecanismos vertebradores de la estructura social del Antiguo Régimen, instituciones de un orden antiguo y en crisis que había llevado a la nación por la senda del despotismo.

Ni su origen ni su evolución permitía a estos autores reconocer a las antiguas Cortes como mecanismo de representación de la nación, ni como instrumento constitucional de equilibrio de poderes, puesto que estas leyes «vagas y tradicionales» no respondían a la fuerza de una nación que equilibrase su poder con el de sus monarcas, además de que en su evolución se fueron debilitando paulatinamente hasta caer en el despotismo más absoluto.⁸⁹

⁸⁸ Los partidarios de esta concepción representativa centran su crítica en el modelo castellano de representación, dejando de lado la tradición representativa aragonesa anterior a los Decretos de Nueva Planta, las Juntas Vascaas y las todavía existentes y específicas (separadas de las del resto de territorios) Cortes navarras. Seguramente ello respondería a que el modelo representativo castellano había sido elegido por los Borbones para homogeneizar su Monarquía, porque era la tradición representativa castellana la de mayor debilidad de sus instituciones: en definitiva la que menor oposición podía ofrecer a los proyectos de expansión del poder regio.

⁸⁹ Como hemos visto en la descripción de los otros modelos es una constante en el pensamiento jurídico-político de la «Consulta al país» tanto la reivindicación supuestamente histórica de fuertes poderes de las antiguas Cortes (que eran incluso capaces de equilibrar las prerrogativas regias), como la crítica al denostado absolutismo regio que según el entender de la inmensa mayoría de los autores de informes y memorias habían sumido a la «Nación», «pueblo» o al «Reino» en el más absoluto despotismo. Pese esta visión idealizada de las antiguas tradiciones constitucionales, que según estos autores atribuirían a la

La representación de las antiguas Cortes era injusta y desigual, una representación dividida por estamentos sociales, sembrada de privilegios arbitrarios. Además, la ausencia de participación efectiva de lo que estos autores denominaban «el pueblo verdadero y libre» en la antigua representación, hacía inviable cualquier propuesta historicista de recurso a la antigua tradición representativa para construir la contemporánea. El pueblo español, con su levantamiento en armas había logrado en solitario —frente a la pasividad e incluso la resistencia de los estamentos privilegiados, sumisos en buena medida al nuevo orden impuesto por José BONAPARTE y su *Constitución de Bayona*—, hacerse según estos autores garante de la supervivencia de la monarquía, del Estado, de la sociedad misma.

nación o a las distintas corporaciones grandes poderes capaces de equilibrarse con los del monarca, sujetándoles de esta forma al Derecho; pese a esta «visión romántica» (SAINZ DE BUJANDA) de unas Cortes poderosas garantes de las libertades en los tiempos medievales creada por la burguesía liberal para legitimar su revolución, lo cierto es que la realidad histórica poco o nada tiene que ver con ese recurso ideológico de la «Historia» empleado en los informes y memorias de la «Consulta» para reivindicar las transformaciones deseadas en la forma de gobierno del Antiguo Régimen. Nuestra historiografía hace décadas que viene ocupándose de desvelar la construcción ideológica llevada a cabo por la historiografía liberal del siglo XIX (presente también en algunos autores del XX). Esta revisión del paradigma historiográfico liberal, iniciada por JAGO y THOMPSON, comenzó por demostrar que las Cortes de Castilla no sucumbieron ante el absolutismo austriaco en la derrota de Villalar (1521) como sostenía este paradigma liberal, sino que la desaparición de las Cortes se produjo como consecuencia de la decisión voluntaria de las propias ciudades de voto que preferían servirse del régimen de «millones» para impedir la introducción de novedades en el sistema jurídico-político, para evitar las presiones que el monarca solía realizar sobre los procuradores de Cortes. En definitiva las Cortes castellanas simplemente dejaron de convocarse porque así interesaba a los principales intereses urbanos —en este sentido P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO sostiene que en la Corona de Castilla no se siguió el tránsito clásico, descrito por Otto HINTZE, de la constitución feudovasallática a la estamental de forma que en Castilla no se habría formado un «Regnum interestamental y orgánico capaz de representar, corporativamente, el conjunto del «país» frente al Rex» («Monarquía, Cortes y 'cuestión constitucional' en Castilla durante la Edad Moderna», *RCG*, 1 (1984), pp. 11-34, espec. 16). Estos extremos han venido a confirmarse por BERMEJO CABERO («En torno a las Cortes del Antiguo Régimen», cit.) que estudiando los rasgos pactistas entre monarca y Castilla, la existencia de pragmáticas aceptadas e incluso solicitadas al monarca por las Cortes (en este sentido sólo serían contestadas abiertamente por las Cortes las pragmáticas que generasen agravios, desafueros o contrafueros), la problemática del voto consultivo versus voto decisivo (costosa y finalmente impuesto en beneficio del monarca), las nuevas concesiones de voto en Cortes a lo largo del XVII y XVIII, y los conflictos entre la Diputación y la Comisión de Millones logró demostrar: por un lado la necesidad de estudiar la decadencia de las Cortes castellanas no como un proceso lineal sino sometido a cambios motivados por las circunstancias de cada momento histórico; por otro lado que fue precisamente la debilidad de la Monarquía la que hizo innecesario la reunión de las Cortes. Para un desarrollo más concreto de estas tesis, además de los autores citados vid.: I.A. THOMPSON, «El final de las Cortes de Castilla», *RCG*, 8 (1986), pp. 43-60 y «Cortes de Castilla 1590-1665», *RCG*, n.º 8, pp. 7-42; R. PRIETO, «Las Cortes del despotismo ilustrado», *Las Cortes de Castilla y León 1188-1988*, cit., pp. 551-562; S. DE DIOS, «Libertad de voto y privilegios procesales de los procuradores de las Cortes de Castilla (Siglos XVI-XVII)», *AHDE*, tomos LXIII-LXIV, pp. 235-344; y B. CLAVERO, «Cortes tradicionales e invención de la historia de España», en Cortes de Castilla y León (ed.), *Las Cortes de Castilla y León*, Valladolid 1990.

Entendían que la restitución del rey en sus derechos dinásticos, jurídicos y políticos se había iniciado por el propio pueblo: del esfuerzo de éste dependía la restauración monárquica en la persona de FERNANDO VII. Con su heroica acción de resistencia frente al invasor, el pueblo había logrado sostener en pie parte de la legitimidad del Antiguo Régimen, había mantenido encendida la llama de la restauración borbónica, pero al mismo tiempo con ello se había erigido según esta concepción en sujeto político de primer orden. Con su acción, el pueblo recuperaba su dignidad política y se ganaba por sí mismo el derecho a la más digna representación, a desempeñar una función de equilibrio y freno del poder real, a constituirse incluso en poder legislativo en pie de igualdad con el monarca (que era en realidad el único poder legislativo desde hacía siglos) que a partir de entonces debería contar con el concurso de la voluntad nacional a la hora de regir los destinos de España. Se trataba, con ello, de recuperar un antiguo equilibrio constitucional entre los poderes del rey y la nación, perdido durante los siglos de absolutismo despótico.

También cambiaría con ello, para estos autores, el título jurídico por el que el rey ejercería su poder sobre la nación: el poder del monarca que debía reinar a la nación no se ejercería en virtud de su título hereditario —no se trataría, por tanto, de una restauración sino de una instauración al calor del nuevo pacto social y constitucional—, ni del título de conquista,⁵⁰ sino por la voluntad de la nación misma que lo habría querido así conservando los derechos del monarca en la

⁵⁰ Recordemos en este punto la Guerra de Sucesión que se produjo tras la muerte de CARLOS II (1700), en la que Castilla, Indias, Álava, Vizcaya, Guipúzcoa y Navarra permanecieron fieles a FELIPE V, mientras que Valencia, Aragón, Navarra y Mallorca negaron su obediencia al nuevo monarca. Tras la pacificación (*manu militari* entre 1703 y 1713) de estos territorios, este monarca derogó y reformó el Derecho de estos territorios unificándolo en torno al Derecho castellano, y estableció una nueva y más homogénea organización mediante los Decretos de Nueva Planta. A través de este conjunto de Decretos FELIPE V abolió los fueros, privilegios y costumbres de Aragón y Valencia (Valencia perdió todo su Derecho anterior público y privado, mientras que Aragón, Cataluña, Mallorca y Menorca perderán su Derecho público conservando buena parte del privado que a partir de entonces debería concebirse como de nuevo establecimiento gracias a la voluntad del monarca), así como la pérdida de sus Cortes privativas tradicionales, se extendió a estos territorios el Derecho castellano (que sería también Derecho supletorio), y por último se impuso a las Audiencias de Aragón y Valencia el modo de gobierno de las Chancillerías castellanas. Pero lo fundamental de los Decretos de Nueva Planta, a efectos de esta argumentación, son los fundamentos jurídicos que legitimaron el poder de FELIPE V: en primer lugar, la justificación de la pérdida por estos territorios de sus fueros y libertades como consecuencia de su rebelión; en segundo lugar, se reafirmaba la soberanía del monarca («uno de los principales atributos de la soberanía es la imposición y derogación de leyes»); en tercer lugar, se recurría a la misma voluntad del monarca, a su deseo de «reducir todos los Reinos de España a la uniformidad de unas leyes, usos y costumbres y Tribunales» conforme a las leyes e instituciones castellanas (elegidas, obviamente, por ser las que menos oposición podían ofrecer al poder regio) porque «en el modo de gobernar los reinos y pueblos no debe haber diferencias de leyes y estilos»; por último, la rebelión había impuesto su conquista por el monarca, de forma que a partir de entonces reinaría aquellos territorios en virtud de un

forma y bajo los límites que la nación legítima y justamente determinase.

La constitución de la nación supone, para algunos de estos autores, hacer *tabula rasa* de los principios de ordenación jerárquica y estamental del Antiguo Régimen. Si en este último el nacimiento adjudicaba la posición social, si la pertenencia a uno u otro estamento determinaba los derechos, deberes y posición social que los individuos ostentaban no en tanto que individuos sino en virtud de su pertenencia a una determinada corporación; ahora la nación se constituye en la gran corporación que se coloca por encima de los distintos estamentos a nivel político para equilibrar el poder real, evitando con ello los peligros del absolutismo. El surgimiento de la nación supone la constitución de un orden político completamente nuevo: surgido de un nuevo contrato social celebrado entre la nación y el monarca (todavía ausente, pero cuyos derechos conserva gracias a la nación), sostenido por nuevas teorías de legitimación política y articulado mediante renovados mecanismos de gestión y reproducción del poder.

La nación es la gran titular de derechos: sólo ésta puede otorgarlos porque sólo ésta los posee, porque sus derechos e intereses surgen de conformidad tanto con el orden natural como con el contrato político. De esta forma, la conservación por las clases privilegiadas de sus derechos está subordinada, según estos autores, al reconocimiento por los mismos de la nación.

3.3.3. Imposibilidad de construir la nación sobre la base de las diferencias provinciales. Necesidad de reunir todos los esfuerzos en la «nación»

Las distintas legislaciones de los antiguos reinos, los variados procedimientos de formar Cortes, las diferentes competencias de las mismas, sus desiguales relaciones con el poder regio, los privilegios de determinadas ciudades, los intereses de recuperación y conservación de los antiguos privilegios representativos de eclesiásticos y nobles,

doble título jurídico: su legitimidad monárquica (derecho sucesorio, que hasta entonces había obligado al pactismo de acuerdo con la tradición constitucional aragonesa) y el título de conquista (que le liberaba de cualquier límite constitucional, al tener que conquistar aquellos territorios no se veía obligado a jurar sus fueros e incluso podía otorgarles una nueva administración y un nuevo orden jurídico). Con ello se da fin al «absolutismo creciente pero combatido» y comienza lo que HARTUNG denominó «absolutismo maduro» (F. HARTUNG y R. MOUSNIER, «Quelques problèmes concernant la Monarchie Absolue», *Rapports. X Congrès International des Sciences Historiques*, Roma 1955, t. IV, pp. 3-55; *cfr.* F. TOMÁS Y VALIENTE, «La España de Felipe IV. El Gobierno de la Monarquía, la crisis de 1640 y el fracaso de la hegemonía europea», *Historia de España* fundada por R. MENÉNDEZ PIDAL y dirigida por J.M. JOVER ZAMORA, T. XXV, Espasa-Calpe, Madrid 1982, pp. 4-19).

los heterogéneos aparatos institucionales de los antiguos reinos, las diversas formas culturales de comprensión del fenómeno representativo, los diversos mecanismos de garantía de la regulación que establecía las relaciones entre el rey y su reino, la diferente condición jurídica de los distintos estamentos y territorios, y el hecho de que los distintos cuerpos sociales y las provincias se hubiesen vinculado, tan sólo, en torno al poder regio —con su legislación— y la religión católica, hacían necesario construir la nación como la gran corporación, a la que pertenecían todos los cuerpos territoriales y los estamentos sociales. La nación poseía, por tanto, su propia legitimidad, su propio e identificable conjunto de intereses, sus privativos derechos y obligaciones, así como sus particulares garantías.

3.3.4. *El diseño del nuevo modelo de representación. Reunión de las Cortes y cultura política de libertades*

Estos autores pretendían que por encima de individuos y cuerpos se crease un gran cuerpo nacional, y se atribuyese a este último la titularidad y concesión de todos los derechos, libertades y obligaciones. De esta manera, se vaciaba de contenido a las antiguas corporaciones del viejo organismo (Antiguo Régimen), se debilitaban las antiguas estructuras institucionales y sociopolíticas y jurídicas al tiempo que se garantizaba la afección y fidelidad de los individuos y cuerpos intermedios al «gran cuerpo de la nación», al que están absolutamente supeditados.

Esta teoría permitía, según estos autores, reducir la extraordinaria pluralidad (política, jurídica, social, cultural, consuetudinaria, lingüística) del Antiguo Régimen, permitía hacer compatible la heterogeneidad con la unidad necesaria para la existencia y supervivencia de la nación —en el marco de la concepción corporativa propia de la cultura jurídico-política del Antiguo Régimen—. De esta manera, por encima de la condición jurídico-política del origen de cada cuerpo e individuo, por encima del terruño y el estamento lograría imponerse la unidad de la nación: la condición de «español».⁹¹

Para garantizar la dignidad de la nación era preciso que ésta, en el uso de sus legítimos derechos estableciese los términos del contrato sociopolítico a celebrar con el monarca,⁹² que permitiese jurídica-

⁹¹ «Las Cortes que han de celebrarse son un efecto de esta inmortal reconquista; háganse, pues, como se empezó ella: mezclados todos como patriotas, unidos todos como españoles» (Informe de Comisión de la Universidad de Sevilla para dictaminar sobre modo y forma de reunir las Cortes, *cit.*, p. 272).

⁹² La naturaleza moral y la condición cristianamente virtuosa que se atribuía a la figura del monarca impedía a la cultura política de principios del XIX atribuir ninguna culpa,

mente la garantía del equilibrio constitucional de ambos poderes encontrados. La futura Constitución, que sería sometida a la aprobación de la futura y «auténtica representación», debía reconocer y garantizar jurídicamente tanto los derechos de la nación como el equilibrio de poderes entre los dos sujetos esenciales (nación y monarca). Así mismo, era necesario para garantizar los derechos de la nación crear una sólida cultura patriótica, una nueva cultura nacional que sobre la base de la igualdad pudiese lograr la superación de las antiguas diferencias y privilegios territoriales, una cultura avanzada que fuese escuela de virtud pública.

Los defensores de esta tercera gran teoría representativa atribuyen a las futuras «Cortes» la responsabilidad de creación y recreación de esta cultura nacional y patriótica, que pudiese servir tanto a la construcción nacional como a la garantía de sus derechos frente al despotismo monárquico. Existen, en esta concepción cultural de garantía de los derechos y libertades de la nación, elementos de distinta ascendencia. Estos autores no recurren al pasado para hallar el fundamento y la legitimidad de las libertades que defiende, porque las libertades preconizadas no son las antiguas libertades medievales transformadas en el Antiguo Régimen. Las libertades defendidas por este tercer modelo representativo poseen una fuerte ascendencia ilustrada y liberal: se habla de propiedad y libertad fundamentalmente, son libertades eminentemente burguesas. De hecho, estos autores sólo recurren al pasado para denunciar la arbitrariedad y el despotismo de la Monarquía absoluta, no para hallar las respuestas a los problemas entonces presentes, no para fundamentar su programa político.

Esta concepción «opinión pública» como sinónimo de la «opinión nacional» parece reconducirse a la influencia de concepciones sociopolíticas ilustradas. Esta lenta pero eficaz construcción de una esfera pública —tan consustancial a la revolución liberal— de una opinión pública que quiebra muchos de los presupuestos culturales y socio-organizativos del Antiguo Régimen; así como la atribución de un valor relevante de veracidad a los frutos de este diálogo racional preconizado por la misma existencia de una «opinión pública», constituyen elementos de ascendencia ilustrada consustanciales a la revolución liberal.⁹³

pecado, debilidad, mala intención o error a éste —que jamás podría querer el mal de sus súbditos—. La figura del monarca era inviolable, por ello la responsabilidad de la degeneración absolutista y despótica se atribuía siempre a un ministro corrupto, a un valido manipulador o a un favorito maquiavélico. Los errores del monarca se atribuían al engaño al que ministros y favoritos corruptos le habían sometido. De ahí que ninguna de las cuatro concepciones representativas formularan ataques sustantivos al «gobierno monárquico».

⁹³ La confianza ilustrada en la opinión pública como órgano de reflexión y debate que conduzca a la razón y al «interés general» de la nación es fundamental en el ideario liberal. La opinión pública es considerada no sólo como órgano de reflexión y debate, sino que

Al mismo tiempo aparecen en este discurso elementos que parecen haber sido entresacados de la tradición clásica del republicanismo. Nociones como «escuela de virtudes públicas» y «espíritu público» parecen reconducir a una tradición republicana fuerte de educación y adoctrinamiento del ciudadano en los valores e intereses de la república.⁹⁴ Carecemos de argumentos suficientes para fundar rigurosamente el origen de estas ideas: bien podrían ser influencias del republicanismo francés formulado al calor de su Revolución; podrían ser también ideas tomadas de la formulación republicana del constitucionalismo norteamericano,⁹⁵ o incluso reformulaciones patrias de la cultura moral y política del Barroco.⁹⁶ En todo caso parece evidente que la construcción de la noción de «ciudadano» exige del recurso a esta tradición cultural republicana, que debilita las bases culturales de

hablarán incluso del «tribunal de la opinión pública» y de la «escuela de la opinión pública». En palabras de BLANCO WHITE: «La opinión pública es mucho más fuerte que la autoridad malquista y los ejércitos armados. Esta es la que ha hecho nacer las circunstancias extraordinarias en que nos vemos los Españoles... La opinión es la que coronará nuestros esfuerzos con la independencia y la soberanía que íbamos a perder, y ella en fin consolidará nuestra fortuna con una organización interior que nos ponga a cubierto por mucho tiempo de los males que hemos sufrido» (*Semanario Patriótico*, 1808; *cf.* Raquel RICO LINAGE, «Revolución y opinión pública: el *Semanario Patriótico* en 1808», *Historia, Instituciones, Documentos*, n.º 25, Universidad de Sevilla, 1998, pp. 577-603, espec. 580). Otro artículo publicado en el mismo *Semanario* señalaba, en clara referencia al debate ideológico y doctrinal que la «Consulta al país» había logrado suscitar en los sectores ilustrados de la población: «Si alguno hubiera dicho á principios de Octubre pasado, que antes de cumplir un año tendríamos la libertad de escribir sobre reformas de gobierno, planes de constitución, examen y reducción del poder, y que apenas se publicaría escrito alguno en España que no se dirigiese á estos objetos importantes; hubiera sido tenido por un hombre falto de seso» (*ibid.*, p. 586). Sobre las transformaciones que la opinión pública provocan en el tránsito del Antiguo Régimen al Estado liberal en el marco europeo *vid.* Jürgen HABERMAS, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Barcelona 1981. Un estudio sobre la influencia de los sectores liberales de la Junta Central para lograr una Monarquía equilibrada que limitase las prerrogativas regias y garantizase los derechos de la nación, *vid.* RICO LINAGE, «Constitución, Cortes y opinión pública», *AHDE*, LXVII (1997), vol. I, pp. 799-819.

⁹⁴ Un estudio sobre la evolución de la tradición republicana y su influencia en las teorías de la democracia en Ángel RIVERO: «La tradición republicana», en F. VALLESPÍN y R. DEL ÁGUILA, *La democracia en sus textos*, Alianza Universidad, Madrid 1999.

⁹⁵ La influencia tal vez pudiera ser de autores como MADISON, HAMILTON o JEFFERSON, aunque parece probable que sólo una minoría selecta e ilustrada de la sociedad española de principios del XIX tuviese acceso al conocimiento de lo acontecido en la Revolución americana. Pese a ello algunas memorias e informes demuestran tener conocimientos sobre la revolución estadounidense, lo que se corrobora en la existencia de algunos folletos en las colecciones documentales de este período; como el texto de Charles CALDWELL: *An oration commemorative of the character and administration of Washington delivered before The American Society of Philadelphia on the 22nd day of February* (Philadelphia, Bradford and Washington, 1810), archivado en la BIBLIOTECA DEL SENADO, CGA, Caja 343-02 (44613).

⁹⁶ F. TOMÁS Y VALIENTE, «La España de Felipe IV. El Gobierno de la Monarquía. La crisis de 1640 y el fracaso de la hegemonía europea», *Historia de España*, tomo XXV, España-Calpe, Madrid 1982.

subordinación y vasallaje que sostenía la doctrina jurídico-religiosa estamental y católica.⁹⁷

3.3.5. Forma de elección

Los seguidores de esta tercera comprensión son partidarios de convocar las futuras Cortes atendiendo al principio de representación de la población. Con ello se muestran coherentes con su objetivo de constitución de una nación fuerte y homogénea, única y unitaria, sólida y compacta tanto social como territorialmente.

Este modelo representativo recurre a la parroquia como primera unidad electoral, fijando el número de electores de cada parroquia en función de la población de su vecindario. Los «electores» designados en este nivel se reunirían para elegir a los diputados que representarían al conjunto de población que la asamblea de electores represente.

Otros autores abogaban por modelos más complejos de representación. En este sentido, ROMERO Y MOYA proponía que la representación de la nación debía recaer en un solo cuerpo que ostentaría el poder legislativo, formado por la unión en el mismo de la Junta Central y la «Asamblea Nacional». La competencia de ejecución de todo aquello que señalasen la Junta Central y la Asamblea Nacional recaería en las distintas Juntas Provinciales, que debían conservarse para el mejor gobierno de las provincias, aunque delimitando claramente sus competencias. En los períodos intermedios entre la disolución y posterior convocación y reunión de una nueva Asamblea Nacional debía establecerse, según estos autores, una «Asamblea permanente de Cortes», cuya composición se llevaría a cabo a partir de la elección de dos diputados vitalicios por cada provincia, elegidos en función de criterios todavía estamentales, aunque ampliados para dar cabida a la representación de los sectores sociales emergentes que hasta entonces no habían gozado de tal derecho.⁹⁸ Esta «Asamblea permanente de Cortes» (una suerte de Diputación permanente) disfrutaría de toda la

⁹⁷ *Informe de Comisión de la Universidad de Sevilla para dictaminar sobre modo y forma de reunir las Cortes*, señalaba: «El respeto a la opinión nacional es el que en estas reuniones da vigor a los hombres honrados, vergüenza a los corruptos, miramiento a los ambiciosos y premio a los amantes del bien de la patria. El pueblo también recibe allí el interés y las luces que forman el espíritu público; y el fuego del patriotismo, encendido en el choque de las discusiones, anima a los oyentes y se comunica de unos en otros hasta las clases más oscuras» (*cit.*, pp. 274).

⁹⁸ Los dos diputados provinciales de esta «Asamblea permanente de Cortes» deberían elegirse por escrutinio entre los representantes de la misma provincia en la Asamblea Nacional, por representantes de la siguiente condición: dos del estado eclesiástico, dos de la nobleza, uno del comercio, uno de los labradores y por último otro de los aristócratas («Quaderno I», *Extracto de la Memoria escrita por D. Julián Romero y Moya*, Sevilla y Diciembre de 1809, p. 2; ACD SG 67).

autoridad y poder (facultades) de la Asamblea Nacional, y a ella correspondería el control anual de las cuentas.

3.3.6. *Derecho de sufragio activo*

La nación que defiende esta concepción representativa exige su construcción sobre la base de un cuerpo electoral amplio, fuerte, sólido, homogéneo e indiferenciado social y territorialmente. La relevancia de la generalidad y homogeneidad del cuerpo electoral (que trata de hacerse coincidir con el social), lograda mediante la escasez y debilidad de requisitos condicionantes del sufragio activo,⁹⁹ radica en su virtualidad de cara a lograr la ineficacia de las diferencias y los privilegios socioestamentales en la esfera jurídico-política del nuevo modelo de representación.

3.3.7. *El concepto de la «representación nacional» y la limitación del poder de sus representantes como garantía de las libertades de la misma nación. Naturaleza jurídica del mandato representativo: los «poderes» de representación*

Varias eran las razones que hacían inviable, para estos autores, recurrir a la concepción representativa del Antiguo Régimen: en primer lugar, se había producido un cambio revolucionario en la titularidad de los derechos de representación: ahora era la nación quien ostentaba el derecho de representación; en segundo lugar, la concepción representativa del antiguo orden, dirigida a la conservación de los antiguos privilegios hacía inviable su empleo para construir una nación cuya homogeneidad y unidad era requisito *sine qua non* de la salvaguardia de su propia existencia en tanto que gran corporación; en tercer lugar, la cultura representativa revolucionaria de esta tercera teoría no concebía la representación como un privilegio concedido selectivamente por el monarca, sino como un auténtico y privativo derecho de la nación, que con su levantamiento en armas frente al invasor había logrado reconquistar su dignidad y sus derechos; por último, la cultura representativa del Antiguo Régimen que establecía el mandato imperativo de los «*diputados a Cortes del Reino*» —articulado mediante la emisión de unos poderes detallados que contenían las materias sobre las que podía pronunciarse el mandatario con expresión pormenorizada del sentido del voto en cada una de estas

⁹⁹ La Universidad de Sevilla proponía el derecho de sufragio activo para los mayores de 24 años.

materias—, garantizado mediante la responsabilidad personal y patrimonial del mandatario, tenía sentido en el marco de una cultura jurídico-política que atribuía a determinadas corporaciones el privilegio de la representación, pero era absolutamente inviable para la construcción de la representación de la nueva nación que defendía esta tercera concepción representativa.

Por ello los partidarios de esta concepción representativa sostienen, en contra del mandato imperativo característico del Antiguo Régimen, que los representantes de la nación «*no deben llevar otros poderes que el testimonio escrito de su nombramiento*».

3.3.8. *Límite temporal*

Los mecanismos institucionales y normativos que proponen estos autores para limitar el poder real han sido ya expuestos: la atribución del poder legislativo a la nación; la periodicidad rigurosa de la reunión de Cortes; la imposibilidad de disolución de las Cortes por el monarca; y la imprescriptibilidad e irrenunciabilidad de los derechos y libertades de la nación. Junto a estos mecanismos dirigidos a lograr la limitación del poder regio, preconizan la necesidad de establecer mecanismos jurídicos que aseguren el correcto y fiel desempeño del cometido de los representantes de la nación. Con ello trata de garantizar que los representantes de la nación desempeñan de forma efectiva y adecuada su tarea: que representan fielmente a la nación por encima de sus intereses individuales, corporativos o territoriales, sin dejarse corromper por las promesas de riqueza y poder de un monarca excesivamente solícito. Para ello defienden una limitación temporal del mandato de los representantes de la nación.¹⁰⁰

3.3.9. *América*

Este tercer modelo, si bien mantiene un discurso de reconocimiento de la contribución de estos territorios a la causa de la nación (especialmente mediante sus contribuciones económicas necesarias para el sostenimiento de la guerra), defiende también criterios que demuestran una concepción elitista y excluyente que acaba por definir de manera exclusivamente peninsular la nación española. De esta forma América no cabía en la «nación» que estos autores trataban de construir, salvo como colonia.

¹⁰⁰ La Universidad de Sevilla proponía un límite temporal de dos años para los representantes de la nación.

3.3.10. *Recapitulación*

Los rasgos esenciales de este tercer modelo representativo serían los siguientes: en primer lugar, la determinación de la «nación» como sujeto jurídico-político principal del nuevo orden que se trata de construir, cuyos derechos y libertades deben garantizarse para siempre frente a la arbitrariedad despótica de la Monarquía absoluta.

En segundo lugar la definición de la «nación» como reunión orgánica de las distintas corporaciones personales y territoriales, como reunión de corporaciones en la gran corporación. Esta concepción representativa encuentra el fundamento de su construcción nacional o bien en el contractualismo social o simplemente en la reconquista por la «nación» de sus libertades como consecuencia del vacío de poder regio y frente a la amenaza de los ejércitos franceses.

Esta concepción representativa pone, en tercer lugar, el acento en la necesidad de unión entre los distintos territorios y corporaciones para hacer frente conjunto y sólido a los dos grandes peligros que amenazan a la nación: las tropas francesas y la posibilidad de retorno al despotismo absolutista una vez se produjera el regreso y restauración monárquica de FERNANDO VII (de ahí la necesidad de no destruir, sino de soldar, unir y coordinar la pluralidad de corporaciones del Antiguo Régimen).

En cuarto lugar, es preciso destacar la influencia de los valores y principios ilustrados en la conformación de las bases de esta tercera concepción representativa, que se deja traducir en la noción de opinión pública, la apelación a la razón como guía de conocimiento y decisión, así como el enorme valor atribuido a la educación como fuente de la necesaria cultura cívica.

Estos autores defienden, en quinto lugar, la generalización del sufragio activo, sólo restringido por la edad. Aunque esta ampliación del sufragio no parece alcanzar de la misma manera a los ciudadanos de la España Atlántica. Por último, esta tercera comprensión de la representación en Cortes defiende la necesidad de establecer mecanismos jurídicos y limitaciones temporales del mandato de los representantes de la nación, así como de articular los frenos al poder del monarca.

3.4. **Pueblo y Revolución. La Fundamentación Corporativa-Popular de la «Nación»**

Existe una importante variante del pensamiento revolucionario en la «Consulta al país», que distinguiría entre dos grandes concepciones

sobre la representación en Cortes. Por un lado se encontraría la que sostienen los partidarios de la construcción de la nación como sujeto político de primera magnitud, es decir, la nación como titular de los derechos de representación. Esta primera concepción dedica sus esfuerzos a la vertebración de una unidad nacional lo suficientemente sólida como para hacer frente con garantías a sus dos grandes enemigos: el invasor francés y la monarquía absolutista. Esta es la concepción cuyos planteamientos acabamos de desarrollar. Frente a ésta se situaría la otra gran concepción revolucionaria, defendida por aquellos otros autores que sostienen que la titularidad y legitimidad de los derechos de representación corresponde exclusivamente al pueblo.

Nación y pueblo son, por tanto, las dos grandes variables revolucionarias que aparecen en el pensamiento político de la «Consulta al país» pero, como hemos visto, lo fundamental y específico de la cultura jurídico-política de la España de los años 1809 y 1810 no está tanto en este hecho como en la definición, en el cuerpo teórico que atribuyen a uno y otro concepto: la «nación» y el «pueblo».

La cuarta y última concepción representativa se basa en el concepto de «pueblo» como sujeto político esencial, aunque por lo general estos autores emplean indistintamente los vocablos «nación» y «pueblo». Este hecho no invalida en absoluto nuestra distinción, ni la convierte en arbitraria por dos motivos esenciales. En primer lugar, esta distinción deriva del rechazo, heredado de la cultura social del Antiguo Régimen, que los partidarios de la construcción revolucionaria sienten sub ó inconscientemente hacia el «pueblo» como masa uniforme e iletrada, por más que reconozcan la autoría de éste en la iniciación de todo el proceso revolucionario con su levantamiento en armas frente a las tropas francesas. Hay, por tanto, algo de despotismo ilustrado en esta concepción localizado en ese deseo de hacer reformas para el bien del pueblo pero sin el concurso del mismo, de instrumentalizar políticamente su participación en el proceso político revolucionario pero controlándolo al mismo tiempo, con objeto de impedir el cambio de orientación o signo del movimiento global en contra de los intereses de las clases o cuerpos emergentes —principalmente de la burguesía—.

El origen de esta distinción se situaría, en segundo lugar, en la fuerte acepción sustantiva que estos autores otorgan al concepto de «pueblo», de forma tal que cuando hablan (indistintamente) de la «nación» no lo hacen de forma genérica y abstracta, sino que se refieren con ello a un concepto escasamente elaborado desde el punto de vista teórico pero sólido e inflexible desde el punto de vista de la exigencia normativa de su aceptación y acatamiento —hasta el punto de

convertirse en el máximo principio de movilización política—. A desentrañar con más profundidad los rasgos esenciales de este concepto, al estudio de las funciones que el mismo desempeña en el seno de esta teoría dedicaremos las siguientes líneas.

El vacío de poder subsiguiente a la huida y posterior secuestro de los borbones en Valencey; la paralización y desaparición de buena parte de las estructuras institucionales del Antiguo Régimen como consecuencia del descabezamiento estatal y de las exigencias bélicas; el agotamiento político de un pueblo jamás acostumbrado a soportar las veleidades de los privados, favoritos y los ministros déspotas; y el poso lento, pero en cierta medida eficaz, de las ideas del Iluminismo político, exigía para los autores de este cuarto modelo la construcción de un nuevo sistema jurídico-político de representación.

A ello contribuiría con especial trascendencia la conservación de una cultura política popular, heredera de la antigua tradición constitucional de garantía de las libertades y derechos de la nación, sustentadora de un delicado equilibrio entre los poderes nacional y monárquico, que había logrado mantenerse viva a lo largo de generaciones.¹⁰¹ Se trataba de una cultura política lega —pero sólida— de libertades, de un conjunto de concepciones culturales apenas

¹⁰¹ Esta constituye una de las grandes vías empleadas por la historiografía liberal del XIX para contribuir a la construcción del Estado liberal. Esta es la opción adoptada por MARTÍNEZ MARINA en su defensa de la identificación de los Parlamentos liberales como herederos de las Asambleas de estados del Antiguo Régimen. Labor que MARTÍNEZ MARINA desarrolla fundamentalmente en su *Teoría de las Cortes o Grandes Juntas Nacionales de los Reinos de León y Castilla. Movimientos de su Constitución Política y de la Soberanía del Pueblo. Con algunas observaciones sobre la Ley Fundamental de la Monarquía Española sancionada por las Cortes Generales y Extraordinarias y promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812* (Madrid 1813); obra fundamental para conocer la historia de nuestras Cortes en el medioevo y la modernidad, que verá nuevas reimpresiones en 1820, 1822 y 1867. Los presupuestos de esta primera historiografía liberal del XIX, en la que el conocimiento de la «Historia» se ponía al servicio de la construcción estatal, han sido fuertemente cuestionados por los sectores antihistoricistas de nuestra más reciente y selecta historiografía, entre las que destacan figuras como: A.M. de HESPAÑA, *Visperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal-siglo VII)* y B. CLAVERO, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, CEC, Madrid 1991, que partieron de la renovación historiográfica iniciada por Otto BRÜNNER, *Nuevos caminos de la historia social y constitucional*, Alfa, Buenos Aires 1976. Estos autores han puesto de relieve cuanto de ideológico hay en la construcción historiográfica estatista decimonónica, mantenida hoy todavía por buena parte de los sectores de la historiografía tanto general y política como jurídica. Esta construcción historiográfica se habría servido de la retroproyección de categorías contemporáneas (como Estado, Parlamento, Gobierno, ley, etc.), para fundamentar en nociones e instituciones del Antiguo Régimen, convenientemente aislados de su lógica y coherencia interna los principios básicos de nuestra cultura jurídica política actual. Concretamente se ha recurrido para construir su Estado liberal, a la identificación entre el lugar que ocupaba el monarca (la corona) y la posición del Estado en nuestro sistema político, interpretando al monarca como sujeto capaz de lograr la construcción del Estado al contener las fuerzas particularistas, egoístas y centrifugas de los estamentos privilegiados. La construcción del Estado liberal servía principalmente a los intereses de la burguesía, ese cuerpo social que había accedido al poder económico pero que se veía excluido del poder político, ese cuerpo que cargaba

elaboradas teóricamente, relegada al olvido bajo el peso opresivo del despotismo absolutista.

Poco importaba a esta concepción representativa la identificación de esa «cultura de libertades» que tan poderosamente reivindicaban sin hacer referencia a su contenido. Se trataba, por tanto, de un simple recurso discursivo, de una convención ideológica, de una reivindicación eminentemente retórica que no interesaba identificar en exceso: de hecho, ni siquiera aparecen en este último modelo representativo referencias nítidas a ninguna antigua tradición constitucional distintas a la castellana (que por supuesto no reconocen que asumen en buena medida, aunque sea como enemigo a vencer que subconscientemente determina a su vez el modelo político a construir), por la sencilla razón de que esta concepción no recurre a elementos historicistas a la hora de fundamentar y legitimar su propuesta jurídico-política, sino que pretenden construir un orden nuevo.

La (supuesta por estos autores) conservación de esta indefinida cultura política libertaria y constitucional en buena parte de los cuerpos del Antiguo Régimen permitían, según estos autores, que la nación y el pueblo pudieran contemplar las circunstancias de vacío de poder¹⁰² como una oportunidad única e irrenunciable para llevar a la práctica los principios constitucionales de equilibrio político que sotradadamente habían pervivido a lo largo de los siglos de despotismo.

Sólo había un concepto que podía aglutinar la heterogénea diversidad cultural, territorial, política y jurídica del Antiguo Régimen, surgida como un torrente tras la liberación de los mecanismos de ejercicio y reproducción del poder del antiguo orden: la «nación».

sobre sus espaldas todo el peso financiero del Estado, y que de acuerdo con el paradigma liberal-estatista constituía el símbolo de la racionalización social y el motor del progreso político. También recurrirán los autores estatistas al ocultamiento de los instrumentos estatales simbólicos y culturales que amenazaban y reducían los elementos comunales-concepciones, discurso que permitía hacer compatible la conservación de la unidad de un poder político reforzado (primero monárquico, luego simplemente estatal) con la concesión de cierta autonomía «administrativa» (categoría elaborada por TOCQUÉVILLE y PRADIER, para legitimar la expropiación del poder político por el Estado liberal, que trataba con ello de garantizar cierto ámbito de «descentralización administrativa» (CLAVERO, «Autotutela de los pueblos», *Initium. Revista catalana d'història del dret*, n.º 1, Barcelona 1996, pp. 283-298)) a los cuerpos políticos locales y provinciales]; Así mismo esta historiografía estatista recurrirá a esforzados e ahistoricados intentos para tratar de entroncar los Parlamentos liberales con las Asambleas de estados, así como al intento de presentar la construcción del constitucionalismo liberal como una regeneración de la «Constitución histórica».

¹⁰² De acuerdo con la cultura política del Antiguo Régimen el monarca detentaba orgánicamente la posición de «caput» del gran cuerpo (reino), de tal manera que se atribuían a éste las funciones de dirección y organización del reino en el mismo sentido en el que la razón humana debía gobernar las pasiones de cada individuo. Por ello la ausencia del monarca suponía la privación del único elemento rector del cuerpo de la nación, de la «razón» que de acuerdo con los principios del «Derecho natural» (expresión de un orden todavía immanente y divino) debía guiar los esfuerzos y las acciones, así como contener las pasiones del cuerpo social.

La nación se definía restringiendo su ámbito conceptual y asimilando su contenido al de la noción de «pueblo». Era el «pueblo» quien realmente constituía la nación para estos autores, quien había recuperado sus derechos y la libertad de la propia nación levantándose en armas frente a los ejércitos invasores; era éste el sujeto político que debía operar las reformas necesarias para garantizar constitucionalmente sus derechos y aún su propia supervivencia.

Aquí radica la principal diferencia entre los modelos tercero y cuarto, es decir entre las dos grandes concepciones representativas revolucionarias que aparecen en el pensamiento jurídico-político de la «Consulta al país». Mientras el tercer modelo definía la «nación» como la gran corporación fruto de la integración de las corporaciones personales y territoriales; para el segundo modelo revolucionario (el cuarto y último de nuestra exposición), la «nación» se identificaba como pueblo, en tanto que noción escasamente elaborada pero ideológicamente normativa que reúne todos los antiguos cuerpos personales y territoriales del Antiguo Régimen en un único cuerpo (y por tanto superior), que anula y aglutina bajo su seno al mismo tiempo cualquier corporación anterior y futura, construyendo de esta manera la «nación» como gran corporación en la que se desintegran las antiguas corporaciones y a la que se subordinan tanto individuos como los antiguos estamentos.

Ni la nobleza ni el clero debían, según estos autores, subsistir como cuerpos privilegiados por no haber defendido convenientemente los derechos y las libertades de la nación, por defender la conservación de unos privilegios que amenazaban la continuidad de la nación y degradaban su dignidad. Efectivamente la ocupación militar de gran parte del territorio nacional por las tropas francesas había sido asimilada con cierta resignación calmada por la gran mayoría de la nobleza. Si bien el estamento nobiliario temía la posibilidad de que se repitieran en España la persecución a la que este mismo estamento se vio sometida en la Francia revolucionaria —especialmente en la época del terror—,¹⁰³ pronto fueron tranquilizados por un José BONAPAR-

¹⁰³ El igualitarismo, la destrucción de todo privilegio, el fin de los cuerpos privilegiados no sólo como privilegiados sino como cuerpos mismos, constituyó uno de los rasgos esenciales del discurso más radical de la Revolución Francesa. Los panfletos y periódicos revolucionarios (como *Le Vieux Cordellier* de Camille DESMOULINS y *Le Père Duchesne* de HÉBERT) inflamaban los ánimos del pueblo contra la nobleza (especialmente) y los religiosos. Este valor central de la igualdad lo encontramos en el «Discurso de 7 de febrero de 1794» pronunciado por M. ROBESPIERRE ante la Convención: «Pero como la esencia de la República o la democracia es la igualdad, el amor a la patria incluye necesariamente el amor a la igualdad. Es verdad, ese sentimiento sublime supone la preferencia del interés público ante todos los intereses particulares, de lo que resulta que el amor a la patria también produce todas las virtudes...». Se trataba en realidad de un enfrentamiento que estuvo desde el comienzo en la misma base de la Revolución, como señalara A. BARNAVE en su *De la Revolución y la*

TE interesado en la consolidación del régimen político que trataba de imponer.¹⁰⁴

Por otro lado, un sector escaso en dimensiones pero selecto por su formación y concepciones ilustradas no veía con malos ojos la imposición de un sistema napoleónico que permitiera en la práctica la implementación de muchos principios ilustrados, aún a costa de perder por la borda algunos elementos de la propia identidad cultural definida en términos tradicionales.¹⁰⁵

Del mismo modo que la nobleza el estamento eclesiástico no se había significado especialmente en la oposición inicial a las tropas napoleónicas, por más que posteriormente se horrorizaran por las actuaciones de estas mismas tropas en los lugares de culto.¹⁰⁶

Era el pueblo quien se levantó en armas, quien defendió a la nación frente a la pasividad inicial e incluso la colaboración con las autoridades francesas de parte de la nobleza y del clero.¹⁰⁷ El pueblo

*Constitución (1793): «los comunes, por una parte, y los privilegiados, por otra, llegaron para hacerse la guerra, y sus querellas comenzaron tomando por motivo la forma misma de deliberación. La nobleza y el clero, unidos por la intención común de conquistar tanta influencia como pudieran sobre el trono y no conceder nada al pueblo, o lo menos posible, estaban fuertemente ligados a las normas de 1614. Estas normas, que daban a cada orden el derecho a deliberar por separado y a oponer su voto negativo a las propuestas de los otros dos, les garantizaban la conservación de sus privilegios y les daban un medio de obtener ventajosas concesiones, haciendo valer ante el trono la utilidad de sus sufragios. Los comunes, sin compartir todos las mismas ideas, tenían sin embargo por principal objetivo debilitar los privilegios y reconquistar los que habían usurpado los otros dos órdenes, por lo que se empeñaban en que se votase por cabezas. Y como en estas dos alternativas veían los unos todos sus medios de conservación y los otros todas sus esperanzas de éxito; como los primeros tenían en su favor los usos establecidos y los segundos la razón natural, era imposible que esos debates terminaran, si no se resolvían o por la mediación del gobierno o por la fuerza del pueblo» (cfr. *La Revolución francesa en sus textos*, Tecnos, Madrid 1989).*

¹⁰⁴ Tanto José BONAPARTE como MURAT a que la única posibilidad de controlar una sociedad estamental como la española de principios del XIX era ganándose el favor de los sectores privilegiados y dirigentes.

¹⁰⁵ M. ARTOLA, *La burguesía revolucionaria (1808-1874)*, Alianza, Madrid 1976.

¹⁰⁶ Las tropas francesas hicieron gala de un marcado anticlericalismo, motivado sin duda por la confluencia de la vigencia de los principios agnósticos del iluminismo con el rechazo al papel vertebrador que la fe católica desempeñaba en la conformación de la identidad española. Manifestaciones explícitas de este anticlericalismo son sin duda el saqueo de los lugares de culto, así como la utilización de los mismos como establos y almacenes de intendencia, la abolición de la Inquisición (Decreto de 4 de diciembre de 1808), la supresión de numerosos conventos, así como la supresión de la grandeza de España y de las órdenes monásticas mediante el Decreto de 18 de agosto de 1809 (Vid.: Gérard DUFOUR, *La Guerra de Independencia*, Historia 16, Madrid 1999 y Alberto GIL NOVALES, «Reinado de Fernando VII», Política y sociedad, en VVAA, *Centralismo, Ilustración y agonía del Antiguo Régimen (1715-1833)*, Historia de España dirigida por Manuel TUNÓN DE LARA, t. VII, Labor, Barcelona 1982, pp. 265-308, espec. 274).

¹⁰⁷ El pueblo fue según la Universidad de Mallorca quien «se ha sacrificado para sostenerla (la guerra), que en los pueblos ocupados por los enemigos ha conservado el entusiasmo nacional y la aversión a los opresores, el que se ha envilecido menos con adulaciones y con admisión de honores y de remuneraciones, a que han prestado, con ignominia del nombre español y afrenta del cristiano, los de las otras clases, con escándalo y escarnio de todas las naciones» (ACD SG 5/58, párrafo 2).

se había visto desvinculado de la autoridad del monarca desde el mismo momento en que este último abandonó sus responsabilidades y renunció a su corona. El pueblo luchaba ahora por defender su tierra, su libertad, sus derechos y su cultura frente al invasor; y lo hacía, según estos autores, como un hombre libre defiende lo propio, no como vasallo que actuara en defensa de los intereses de su señor rey.

Ello no significaba que el pueblo aspirase al establecimiento de formas republicanas de poder; pero sí que la ruptura de los antiguos vínculos que desde siglos atrás venían uniéndole jurídicamente a su monarca implicaba, de acuerdo con esta cuarta concepción representativa, una adecuada reformulación que exigiese indefectiblemente el acuerdo de ambas voluntades —la del pueblo y su monarca— de cara a la contratación de un nuevo pacto sociopolítico que garantizase constitucionalmente el equilibrio entre ambos poderes. En estos términos fundamentaba el Ayuntamiento de Badajoz la legitimidad del derecho de representación del pueblo en su «Acuerdo de 13 de agosto de 1809»:

*«Que deberán tener representación en dichas Cortes indistintamente todas las clases del Estado, porque todas indistintamente han obrado y obran en la insigne empresa de nuestra restauración. Ni la Grandeza, ni el Clero, ni otra alguna corporación del Estado se ha distinguido en ella, antes bien todas las corporaciones se estuvieron pasivas hasta que el pueblo levantó el grito... Así que todo se le debe al pueblo, y el pueblo es indistintamente quien debe tener indistintamente la representación en las Cortes o Estados Generales, entendiéndose por pueblo todas las clases del Estado, así nobles como eclesiásticos, militares, oficinistas, todos en general, excepto los traidores, sospechosos e indecisos».*¹⁰⁸

De acuerdo con esta última concepción representativa, la nobleza y el clero solamente conservarían sus derechos (que no privilegios, puesto que no era concebible la anterior superioridad sobre el pueblo) exclusivamente en la medida en que éstos reconociesen la existencia jurídico-política y la dignidad del pueblo, en la medida en que no estorbasen a sus deseos y necesidades, en la medida incluso en que éstos se integrasen en el «pueblo» mismo (que como vimos en esta

¹⁰⁸ ARCHIVO MUNICIPAL DE BADAJOZ, *Acuerdos de 1809* (cifr. SUÁREZ, *Cortes de Cádiz. I. Informes oficiales sobre Cortes. Andalucía y Extremadura*, cit. p. 281).

concepción representativa era sinónimo de la «nación»), desapareciendo por tanto como estamentos diferenciados:

*«A sólo el pueblo se debe la libertad nacional. No conviene, pues, otra representación que la del pueblo. No se opone a esta proposición el que para las Cortes puedan ser nombrados individuos de nobleza y clero, pero sí el que tengan en ellas otro concepto que el popular».*¹⁰⁹

Los derechos de la nación, esto es, la libertad y dignidad del pueblo debían verse reconocidos y garantizados constitucionalmente de acuerdo con esta cuarta y última concepción representativa. Sólo la garantía constitucionalmente institucionalizada del principio de separación de los poderes legislativo y ejecutivo (el judicial lo entendían comprendido en este último) podía conservar la existencia física, la dignidad y los derechos del pueblo.¹¹⁰

Por lo demás, los partidarios de esta concepción defendían ideas comunes a las del resto de respuestas al Real Decreto de 22 de mayo de 1809 en materia de organización electoral de la representación. En este sentido defendían la necesidad de construir la representación nacional a partir de los pueblos, con la diferencia fundamental de que esa construcción electoral basada en los pueblos o villas descansaba sobre una concepción que se alejaba diametralmente de la antigua representación (tradicción castellana) del Antiguo Régimen —basada en el privilegio tradicional de voto de determinadas ciudades—.

La Universidad de Mallorca entiende que la representación debe darse a «todas las clases del Estado y por los vecinos de todos los pue-

¹⁰⁹ Por tanto, como podemos apreciar en este texto del *Manifiesto de la Junta de Badajoz sobre el modo de formar la representación nacional* (ACD SG 10/39, quinto párrafo), la «nación» supone en esta concepción representativa no sólo la gran corporación sino la única corporación. Y esa gran y única corporación, equivalía al «pueblo», en el que se confundían indistintamente los antiguos estamentos.

¹¹⁰ Algunos partidarios de esta tesis ofrecieron argumentos de oportunidad para legitimar la plena y total atribución del poder de representación a la nación. En este sentido, la perentoriedad de dotar a la nación de un sistema político fuerte, ordenado y sobre todo equilibrado impedía esperar a la reunión de unas Cortes formadas con arreglo a las antiguas prácticas —es decir, siguiendo el modelo representativo estamental—. La oportunidad era única y había que aprovecharla sin arriesgarse a perecer bajo las tropas invasoras, pero por encima de todo estaba la necesidad de establecer un equilibrio constitucional de poderes: «La separación de los sistemas legislativo y ejecutivo es de perentoria urgencia. Esta indispensable prontitud impide la de la formal organización de las Cortes, y resulta, por consiguiente, la necesidad de establecerla *interim* se vencen las dificultades de aquella» (*Manifiesto de la Junta de Badajoz sobre el modo de formar la representación nacional*, sexto párrafo, ACD SG 10/39).

blos»,¹¹¹ debiendo dar entrada en esa representación a los americanos que tan desinteresadamente han servido a España en tan difíciles circunstancias.

En cuanto a la forma de obtener esta representación del pueblo, sostiene esta Universidad la conveniencia de abandonar la tradición representativa de las ciudades privilegiadas con voto en Cortes, para que fuesen los vecinos de todos los «pueblos» los que eligieran a los representantes: para ello se nombraría un vocal por cada pueblo siguiendo los mecanismos de elección de los diputados del común y de los personeros; los vocales de los distintos pueblos se reunirían en la capital o cabeza de partido para elegir por mayoría al representante¹¹² que debería abandonar cualquier pretensión de honor o renumeración que no fuese el servicio a las necesidades de la patria. Sin embargo no trasciende la Universidad de Mallorca de los presupuestos representativos del Antiguo Régimen, puesto que parece concebir la representación en términos de «comisión» pese a que no habla en ningún momento en su Informe de «poderes» imperativos de los comisionados.

La Universidad de Mallorca no atribuye a las Cortes la función de garantía y control de la observancia de las leyes fundamentales de la Monarquía, —no emplea en ningún momento el término «Constitución» sino el de «código nacional»—, que atribuye sin embargo a un «cuerpo nacional» distinto. Este «cuerpo nacional», perpetuo como institución pero de renovación bianual, debería componerse, según esta corporación, de «un diputado de cada reino» nombrado por el mismo procedimiento establecido para designar a los diputados para Cortes. Su función principal sería la mencionada: «contradecir y suspender la ejecución de cualquier deliberación, establecimiento, provisión que acordase el soberano, sus ministros y Consejos que no le parecieren conformes a las leyes establecidas y al bien de la nación».¹¹³

¹¹¹ En realidad esta extensión de la representación responde a un objetivo último claramente delimitado: implicar a todos en la representación es la mejor forma de garantizar su obediencia y sacrificio por el interés de la nación del monarca: «porque teniendo todos parte en la elección de los representantes se sujetarán gustosos al sacrificio personal o real que se les exija, por ser ellos mismos que lo han estimado preciso, por el que en su nombre lo han mandado» [Informe de la Real Literaria Universidad de Mallorca (28 de agosto de 1809), en ACD SG 5/58, párrafo 2].

¹¹² Curiosamente sostiene la Universidad de Mallorca que cuando en la elección por los vocales de los distintos reinos se produjese un empate a resultas de la aplicación del principio mayoritario, el representante sería «el de mayor edad», otorgando por tanto un valor añadido a la madurez de los candidatos (idea que probablemente respondía al valor otorgado por una sociedad patriarcal y católica como la española decimonónica a la autoridad de los mayores) [ibid., párrafo 3].

¹¹³ Para evitar la posible corrupción de los miembros de este «cuerpo nacional» pretende esta Universidad que se les prohíba pretender cualquier favor o gracia ni para sí ni para otros, de forma que quienes fuesen sorprendidos realizando o pretendiendo tales gracias deberían ser relevados por otros representantes del mismo «Reino» (ibid., párrafo 18).

Esta Universidad se diferencia del cuarto modelo representativo por la ausencia de referencia alguna a la defensa de una «Constitución». En su lugar considera indispensable la formación de un «código nacional» de entidad escasamente constitucional «comprensivo de las leyes que se establezcan, de las que prescriban lo que debe ser un español a sus socios, a la patria, al soberano; que se arreglen las costumbres y todas las relaciones de que depende la felicidad de la nación en sí».¹¹⁴

En definitiva, este modelo se constituye en la concepción jurídico-política más revolucionaria, la más radical. Revolucionario es, en primer lugar, el concepto de pueblo que defiende, tanto por la amplitud de su contenido como por la definición del mismo como la gran y única corporación, concebida en términos corporativos y orgánicos, pero que supone la extinción absoluta de los distintos cuerpos que ya no pueden subsistir como corporaciones, que dejan de poseer personalidad y entidad jurídica propia para disolverse en la gran «nación». La asociación identitaria entre «nación» y «pueblo» es el rasgo fundamental que atribuye su carácter absolutamente revolucionario a este modelo político.¹¹⁵

En segundo lugar, este modelo representativo se caracteriza por la amplitud y generalidad del cuerpo social, en el que confluyen unidos los individuos de todos los antiguos cuerpos. Con ello la revolución política liberal propone extenderse en esta última concepción al terreno social, de forma sólida pero no radicalmente revolucionaria. Se trata de un cambio revolucionario porque supone la destrucción (como concepto) de todas las corporaciones anteriores, especialmente las de las privilegiadas. Pero no se trata de una revolución radical porque no se ve acompañada del radicalismo revolucionario francés que trató incluso de destruir físicamente a los individuos que componían los antiguos órdenes privilegiados, y porque sus planteamientos revolucionarios se construyen todavía sobre la base de los parámetros y los instrumentos conceptuales de la cultura jurídico-política del Antiguo Régimen, es decir, en términos orgánico-corporativos.

4. CONCLUSIONES

La «Consulta al país» constituye uno de los repertorios de fuentes históricas más relevantes para el estudio del nacimiento de la España

¹¹⁴ *Op. cit.*, párrafo 20.

¹¹⁵ Esta identificación de la «nación» con el «pueblo» podría haberse tomado del pensamiento revolucionario francés, concretamente de la identificación de la «nación» con el «tercer estado» que Emmanuel SIEYÈS realizara en su panfleto *¿Qué es el tercer estado? Ensayo sobre los privilegios*. (Alianza, Madrid 1994).

contemporánea. Su estudio es materia obligada para quienes deseen comprender el origen de fenómenos y realidades tan heterogéneos y fundamentales como la Revolución liberal, el tránsito del Antiguo Régimen al Estado liberal, la evolución de la Monarquía absoluta a la Monarquía constitucional, el nacimiento en términos jurídicos de España como nación, y tantas otras cuestiones que han determinado la evolución histórica del siglo XIX e incluso de buena parte del XX.

La trascendencia de la «Consulta al país» no pasó desapercibida a nuestra historiografía que, ya desde el último tercio del XIX mostró interés por el acercamiento a esta cuestión, aunque desde una necesidad evidente de conocimiento retrospectivo de la institución y la actividad parlamentaria en el marco de la exigencia legitimadora de la construcción activa del Estado liberal. Hubo que esperar a finales de los cincuenta del siglo XX para que la cuestión se abordase desde una perspectiva más amplia y rigurosa ofreciendo una interpretación liberal, que pronto sería contestada por la historiografía conservadora y reaccionaria (desde mediados de los sesenta hasta principios de los ochenta).

La «Consulta al país» ha sido hasta el momento un ámbito de conocimiento histórico fundamentalmente estudiado por la historiografía general y política, por ello se hace necesario que la historiografía jurídica retome el estudio de esta parcela histórica en la que tanto tiene que decir. El presente trabajo pretende combinar tanto la Historia del Derecho y de las Instituciones como la Historia del Pensamiento Político, con objeto de adoptar una perspectiva metodológica multidisciplinar que se ajuste, en la mayor medida posible, a la forma y los parámetros culturales y conceptuales sobre los que estaba efectivamente construida la realidad histórica objeto de estudio, es decir, los años 1809-1810.

Es preciso destacar la naturaleza tanto jurídica¹¹⁶ como política de la «Consulta al país», en la que ambos elementos están estrecha e intrínsecamente vinculados conforme a los esquemas culturales del Antiguo Régimen. Mediante la «Consulta al país», la Junta Central no sólo trataba de obtener cierto respaldo y legitimidad en sus decisiones, sino que con este complejo proceso trató de obtener unos conocimientos que realmente requería para llevar a cabo sus proyectos, dado que la Junta Central no podía recurrir, como antaño hiciera el

¹¹⁶ Aunque no se articularon mecanismos jurídicos de exigencia de responsabilidad por el incumplimiento de las prescripciones contenidas en el Real Decreto de 22 de mayo y las Ordenes de 24 y 30 de junio de 1809, la gran mayoría de los sujetos oficialmente consultados concibieron en términos imperativos la formulación de la «Consulta», entendiéndolo con ello estar sometidos a responsabilidad por el correcto desempeño de su deber de respuesta a «Consulta» evacuada por el Real Decreto de 22 de mayo de 1809.

monarca, a la estructura de gobierno polisinodial, careciendo además de una estructura administrativa que pudiera comunicar y hacer ejecutivas sus decisiones en los diversos territorios.

Igual importancia tiene la necesidad de resaltar la influencia que las categorías jurídico-políticas del Antiguo Régimen desempeñan a la hora de estructurar la realidad española de principios del siglo XIX, y que actúa en muchas ocasiones como límite a la evolución de la España de 1810. En la propia forma en la que se concibe y diseña la «Consulta» se establecen importantes límites materiales que se consideran «naturales» e imperativos, límites constituidos que reducen y determinan las posibilidades de reflexión sobre la construcción del futuro orden jurídico-político. Estos límites son: la religión católica como única religión del Estado, la Monarquía hereditaria en la dinastía de FERNANDO VII, el gobierno de la nación por leyes reflexionadas y admitidas por ésta, la celebración de Cortes y la igualdad de América en todos los derechos y prerrogativas constitucionales.

La fuerza de los distintos límites constitucionalmente constituidos varía entre la absoluta imperatividad y eficacia de los dos primeros (religión y Monarquía hereditaria), y el carácter más indeterminado y voluntarista del resto de elementos, que alcanza en lo relativo a América su expresión más retórica. Por lo demás, esta existencia de límites constitucionalmente constituidos vendrá a corroborarse tanto en la implementación de la «Consulta», como en el estudio y la valoración de los distintos informes y memorias, a los que no se les confiere el grado de vinculantes (ni siquiera a los provenientes de las instituciones del Antiguo Régimen), porque la Junta Central no pretende reducir su ya de por sí contestado margen de decisión.

El objeto principal de la presente investigación se centraba en el estudio de las ideas sobre representación en Cortes. Con ello pretendimos, tan sólo, ofrecer una breve visión de conjunto de las principales ideas jurídico-políticas que determinaron el debate relativo a la convocación de las futuras Cortes, destacando la escasa articulación, sistematización y coherencia interna de las ideas contenidas en los informes y memorias de la «Consulta», es decir, la ausencia de teorías jurídico-políticas elaboradas.

Para llevar a cabo nuestro trabajo decidimos identificar un número reducido de concepciones que contuviesen, en líneas generales, las grandes posturas defendidas en los distintos materiales de la «Consulta» sobre representación en Cortes. De esta forma, identificamos cuatro grandes modelos representativos construidos principalmente en torno a un número reducido de memorias que contuviesen esquemática y armónicamente las ideas comunes al conjunto descrito mediante la respectiva concepción. La identificación de estas cuatro

grandes concepciones representativas, se realizó en función de la definición que cada una ellas hacía del sujeto relevante en la construcción del futuro orden jurídico-político.

De esta manera, mientras que el primero de los modelos identificaba al sujeto político reivindicado con el «Reino», la segunda concepción representativa ponía el acento en la constitución de las provincias como sujetos políticos relevantes —pese a que entendía que la representación en Cortes debía recaer en las distintas Juntas Provinciales como consecuencia de las circunstancias bélicas—, al tiempo que las concepciones representativas tercera y cuarta reivindicaban a la «Nación» como sujeto político primordial, que debía hacer frente al poder del monarca conteniéndolo en sus justos límites. Pero la reivindicación de la «Nación» por estos modelos representativos no respondía al mismo concepto: mientras el tercer modelo definía la «Nación» como la gran corporación en la que se reunirían los distintos individuos y cuerpos, la cuarta concepción representativa definía la «Nación» como la única corporación posible en la que debían disolverse los individuos y los antiguos cuerpos, de forma que la «Nación» pudiese identificarse con el «pueblo».

Si la definición del sujeto ha sido la categoría principal empleada para la catalogación de las memorias e informes de la «Consulta» en las distintas concepciones representativas, otros son los rasgos que también definen estos modelos y permiten describirlos. Describamos a grandes líneas estos elementos vertebradores de las distintas concepciones representativas.

La primera de estas concepciones, que hemos denominado «Fundamentación historicista del futuro orden político», se caracterizaría por la defensa de la Monarquía, el sometimiento a una «tradicón constitucional» que no acaba de identificar claramente más allá de una retórica llamada a las indefinidas «antiguas libertades», así como la defensa de la continuidad del orden socioestamental. Frente a este modelo, la segunda gran concepción representativa, que podríamos calificar como «Fundamentación territorial», se caracteriza por la defensa de una convocación «nacional» de las futuras Cortes, cuya indeterminación en la definición de lo que entiende por «Nación» sólo se ve suplida por una reivindicación de la importancia de las provincias, que acaba viéndose reducida a la atribución circunstancial de la representación provincial a las Juntas territoriales. El tercer modelo representativo, la «Fundamentación corporativo-territorial de la Nación», se caracteriza por la reivindicación de una «Nación» que vendría a identificar con la reunión de las distintas corporaciones estamentales y territoriales en una «gran corporación», que se situaría por encima del resto de corporaciones, y que sería la detentadora

de todos los derechos que atribuiría a los individuos en función de su sacrificio y sus virtudes de cara a la construcción nacional. Por último, lo que hemos venido en llamar «Fundamentación corporativo-popular de la Nación» constituye la concepción representativa más revolucionaria y radical, por defender la construcción de la «Nación» como gran y única corporación en la que se disolverían hasta la extinción los antiguos cuerpos del Antiguo Régimen, así como por identificar la «Nación» con el pueblo concebido como agregado indistinto de individuos que defienden los derechos de la «Nación» frente al monarca.

Fruto de esta investigación sobre los principales modelos sobre representación en Cortes reflejados en el pensamiento derivado de los materiales de la «Consulta al país» son las siguientes conclusiones sobre la producción intelectual y la cultura jurídico-política del período.

Primeramente es preciso destacar la existencia de acuerdos fundamentales relativos a conceptos e ideas que aparecen en prácticamente todas las memorias e informes de la «Consulta». Nos referimos con ello, concretamente, a la defensa de la fe católica, la aceptación del gobierno monárquico —en ningún momento se reivindica la instauración de una República—, la legitimidad dinástica de FERNANDO VII, pero sobre todo a dos ideas que de alguna manera vertebran el contenido de toda la «Consulta al país». Por un lado, la exigencia de construcción de un orden jurídico-político en el que estuviesen constitucionalmente garantizadas las libertades de la nación o del reino. Por otro, el constante recurso a la tradición: en ella se fundamenta la crítica del despotismo absolutista en que, dicen estos autores, los monarcas han sumido a la nación o al reino, y en ella encuentran también legitimación para la reivindicación de unas antiguas libertades —escasamente elaboradas e identificadas—, que se hacen derivar histórica e ideológicamente de un pasado remoto corrompido por la ambición de reyes y validos, y que han sido reconquistados por la nación o el reino a resultas del vacío de poder y el abandono a su suerte de esta misma (reivindicada) nación.

En segundo lugar, el papel desempeñado por la tradición en la construcción y vertebración del pensamiento jurídico-político de la «Consulta al país», responde a dos razones diversas y fundamentales: una necesidad de legitimación y una determinación estructural y cultural. La primera de éstas hace referencia a la necesidad de encontrar un argumento que fundamente y legitime la construcción del futuro orden jurídico-político que se pretende realizar, y ese cauce de legitimación lo encuentran los destinatarios de la «Consulta» en el pasado, en la tradición —como harán importantes grupos ideológicos ya en

tiempo constitucional gaditano—, porque sólo a la tradición puede recurrirse en el marco de un sistema configurado para repetirse a sí mismo, como era el Antiguo Régimen.

Por otro lado, esta necesidad estructural de recurrir a los mecanismos de legitimación del Antiguo Régimen, esta necesidad de llevar a cabo la reinvencción de la propia tradición para construir el futuro orden jurídico-político caracteriza al modelo español, limitando severamente las posibilidades revolucionarias.

Esta exigencia estructural de recurrir a los parámetros conceptuales de la cultura jurídico-política del Antiguo Régimen explica no sólo la debilidad de la Revolución liberal en nuestro país, sino que viene a cuestionar de alguna manera la tesis tradicionalmente defendida por nuestra historiografía, que entendía que nuestra evolución jurídico-política y constitucional habría seguido a grandes líneas el modelo constitucional francés. A diferencia de lo que sostiene el sector mayoritario de nuestra historiografía, en nuestro país no era factible el radicalismo revolucionario que se dió en la Francia de 1789, por la sencilla razón de que los contemporáneos de 1809-1810 no podían concebir determinadas nociones revolucionarias, no eran capaces de trascender los parámetros culturales del Antiguo Régimen en que habían sido socializados.

No podían aspirar a un momento plenamente constituyente cuando la forma en que se había construido su propia identidad, su propia cultura, sus creencias políticas y religiosas, su vida misma, estaba marcada a fuego por los límites constitucionalmente constituidos por el Antiguo Régimen, que venían a restringir en los hechos la posibilidad de una revolución (liberal) más profunda, de un momento plenamente constituyente.

En la necesidad de reinvencción de la tradición radica precisamente la motivación que explica la escasa coherencia e indeterminación de las ideas desarrolladas en los distintos informes y memorias de la «Consulta»: si la tradición ha de reivindicarse, ésta ha de presentarse bajo la forma que permita adaptar y moldear dicha tradición, con objeto de poder responder adecuadamente a las necesidades que vayan surgiendo en la construcción del nuevo orden jurídico-político que pretende erigirse.

Esta exigencia estructural de fidelidad a los parámetros culturales del Antiguo Régimen explica que no se defendieran apenas proyectos de reforma relativos a la composición estamental de la sociedad de principios del XIX, que se tratase de restringir las reformas al ámbito político (algo por otro lado bastante obvio, si se tiene en cuenta el origen social de la mayor parte de los destinatarios de la «Consulta»), salvando con ello determinados privilegios estamentales, porque pese a

que es una constante en la «Consulta» la reclamación de la unidad de jurisdicciones y el fin de los privilegios impositivos de determinadas corporaciones, la forma en que se plantean estas cuestiones se orienta a reformar y hacer más justa la composición estamental de la sociedad, no a destruirla.

Por último, esta necesidad del recurso a la tradición explica no sólo que los asuntos se tratasen parcialmente, sino que también está en la base de la ausencia de cuestionamiento de determinados problemas. Explica, en definitiva, que muchos de los problemas más trascendentales no llegaran siquiera a abordarse.

Nos referimos, con ello, a cuestiones como la organización territorial de la futura unidad nacional, cuestiones como la reforma del orden socioestamental, o la misma cuestión americana.¹¹⁷ Tanto la forma en que se concibió, diseñó y puso en planta la «Consulta al país», con una absoluta y poderosamente llamativa ausencia de los territorios y la población americana en la convocación de la misma,

¹¹⁷ En lo que a la «cuestión americana» hace referencia, las reacciones de los distintos modelos representativos varían entre: la simple concepción de América como una colonia que debe sumisión a la metrópoli; los que ven el peligro de la futura independencia de tales territorios y por ello defienden un acercamiento que impida perderlos, tratando de garantizar al menos la conservación de unas relaciones económicas beneficiosas y necesarias para la economía peninsular; quienes tratan a aquellos con cierto paternalismo que considera necesario conservar aquellos territorios en la fe cristiana; quienes consideran como compatriotas a los americanos pero entienden que las circunstancias impiden establecer para las primeras Cortes una representación igual a la española (por la dificultad de hacer llegar a los representantes americanos); y por último quienes consideran en pie de igualdad a los americanos españoles. Sea como fuere, la inmensa mayoría de los informes y memorias de la «Consulta» destilan cierto imperialismo, cierta concepción jerárquica o cuando menos interesada en el mantenimiento de la situación de subordinación de aquellos territorios y su población. Los informes de la «Consulta» sirven para obtener una idea previa de lo que vendrá a confirmarse en las Cortes gaditanas: la exclusión de América de la nación española definida en el texto constitucional de 1812. América no podía ser representada en Cádiz no sólo por la vigencia de concepciones de subordinación, privilegio y jerarquía propias del Antiguo Régimen, sino porque se carecían de los elementos técnicos necesarios (cartografía, censos actualizados, vías y vehículos de transporte) para poder lograr de forma adecuada la representación de aquellos territorios. El problema de los territorios y la población de la América española, los problemas de vigencia del constitucionalismo gaditano en estos territorios, así como los procesos de independencia han sido abundantemente estudiados en las últimas décadas a uno y otro lado del Atlántico. Sirva sólo a título orientativo la siguiente bibliografía: M.T. BERRUEZO LEÓN, *La participación americana en las Cortes de Cádiz (1810-1814)*, CEC, Madrid 1986; J.M. GARCÍA LAGUARDIA, *Centroamérica en las Cortes de Cádiz*, Fondo de Cultura Económica, México 1994, pp. 60-303; M. LORENTE SARINENA, «América en Cádiz (1808-1812)», en *Los orígenes del constitucionalismo liberal en España e Iberoamérica: Un estudio comparado*, Junta de Andalucía, 1993, pp. 20-66; E. MARTIRÉ, «Proyección del liberalismo gaditano en los países de América», *Las Cortes de Castilla y León 1188-1988*, cit., pp. 663-703; R.L. BLANCO VALDÉS, «El problema americano en las primeras Cortes liberales españolas (1810-1814)», en *Los orígenes del constitucionalismo liberal en España e Iberoamérica: Un estudio comparado*, cit., pp. 67-10; M. CHUST CALERO, «La Cortes de Cádiz y la problemática americana», *Las Cortes de Castilla y León 1188-1988*, cit., pp. 717-730; N. MARTÍNEZ DÍAZ, *La independencia Hispanoamericana*, Historia 16, Madrid 1999.

como en la forma en que los distintos informes y memorias —tanto «oficiales» como «particulares»— conciben a América y proyectan su futura representación en Cortes, vienen a demostrar la exclusión de los territorios y habitantes del otro lado del Atlántico de la construcción nacional, iniciada ya a partir de los materiales y trabajos derivados de la «Consulta».¹¹⁸

Esta exclusión viene a confirmar el tratamiento discriminatorio que aquellos territorios recibirían tanto en el proceso constituyente como en el texto gaditano de 1812, y que determinaría poderosamente los procesos de independencia iniciados ya en las fechas en que se puso en planta la «Consulta al país».¹¹⁹

América sería de esta manera excluida de la «Consulta al país», de la misma forma en que más tarde sería discriminada en la composición de la representación por el constitucionalismo gaditano, no sólo porque los españoles peninsulares fueron incapaces de trascender una cultura imperialista, paternalista o incluso de un entendimiento pretendidamente fraternal de tales territorios —reducido a mera retórica—, sino que América no cabía estructuralmente en Cádiz por la ausencia de instrumentos técnicos que pudieran hacer viable la adecuada representación de tales territorios y sus habitantes. Con ello la suerte de su independencia estaba definitivamente echada.

Por último, debemos destacar la trascendencia del estudio de los informes y memorias de la «Consulta al país» y su virtualidad de cara a identificar muchos de los elementos y debates que marcarán el desarrollo de la Revolución liberal española, el nacimiento de España como nación en términos jurídicos, el surgimiento de nuestro constitucionalismo, así como tantas otras importantes cuestiones que han marcado la Historia de la España contemporánea.

Son todavía muchos los aspectos que desconocemos sobre la «Consulta al país», sobre la forma en que fue comprendida por sus destinatarios, sobre los trabajos diarios de tramitación de la misma por la Comisión preparatoria de Cortes, sobre el destino de algunas de las fuentes tras la disolución de la infraestructura de apoyo a la Central, así como sobre el uso que finalmente dieron las Cortes Generales y Extraordinarias, reunidas en 1810, a todos los materiales relativos a la «Consulta al país» que lograron recuperar. Este último punto es esencial para conocer cómo la «Consulta» influyó en la voluntad cons-

¹¹⁸ Por tanto debe destacarse la configuración exclusivamente peninsular de la forma en que se concibe, diseña y pone en planta la «Consulta al país»: la exclusión entre los destinatarios de la «Consulta» de los territorios y habitantes americanos demuestra la escasa consideración jurídico-política que aquellos tenían en la conciencia de los peninsulares.

¹¹⁹ Nos referimos a la revolución que en 1810 sacudió Caracas, y que sirvió de ejemplo a la exaltación nacionalista de los territorios españoles de allende los mares.

tituyente de las Cortes gaditanas, y por tanto, de cómo comenzó a gestarse la construcción constitucional española.

Quedan, por tanto, muchos horizontes relativos a la «Consulta al país» abiertos a la investigación, que reclaman la atención de historiadores, constitucionalistas, juristas y politólogos. Se trata, sin duda, de una tarea que merece la pena llevar a cabo, porque sólo en el conocimiento científico del pasado, desnudo de artificios ideológicos interesados, podremos encontrar la verdad de nuestra más remota identidad, como si un viejo espejo nos devolviera nuestra propia, inquieta y sorprendente mirada.

BIBLIOGRAFÍA¹²⁰

- ALVAREZ JUNCO, José: «Capmany y su informe sobre la necesidad de una Constitución», en *Cuadernos Hispanoamericanos*, 210 (1967), pp. 533-551.
- ARBLASTER, Anthony: *Democracia*, Alianza, Madrid 1992.
- ARTOLA, Miguel: *Los orígenes de la España contemporánea*, Centro de Estudios Políticos, dos volúmenes, Madrid 1959 (reeditada en 1975); *La burguesía revolucionaria (1808-1874)*, Alianza, Madrid 1976; «La Monarquía parlamentaria», en M. ARTOLA (ed.), *Las Cortes de Cádiz*, Marcial Pons, Madrid 1991, pp. 105 y ss.; *Los derechos del hombre* (1986), Alianza-Del Prado, Madrid 1994.
- AYMES, Jean-René: «La guerra de independencia I y II», *Cuadernos de Historia*, núm. 20, Madrid 1996.
- BEETHAM, David: *The legitimation of power*, MacMillan, London 1991.
- BERMEJO CABRERO, José Luis: «En torno a las Cortes del Antiguo Régimen», *AHDE*, tomos LXIII-LXIV (1993-4).
- BERRUEZO LEÓN, María Teresa: *La participación americana en las Cortes de Cádiz (1810-1814)*, CEC, Madrid 1986.
- BIRCH, Anthony H.: *Nationalism and National Integration*, Unwin Hyman Ltd., London 1989.
- BLANCO VALDÉS, Roberto Luis: «El problema americano en las primeras Cortes liberales españolas (1810-1814)», en *Los orígenes del constitucionalismo liberal en España e Iberoamérica: Un estudio comparado*, Junta de Andalucía, Consejería de Cultura y Medio Ambiente, 1993, pp. 67-10.

¹²⁰ En su elaboración se han empleado los siguientes acrónimos: ACD: Archivo del Congreso de los Diputados (ACD); Archivo del Senado (AS); Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE); Centro de Estudios Constitucionales (CEC); Centro de Estudios Políticos (CEP); Instituto de Estudios Políticos (IEP); Colección «Gómez de Arteche» (CGA); «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico» (QF); Historia, Instituciones, Documentos (HID).

- BOIS, Jean-Pierre: *La Revolución francesa*, Historia 16, Madrid 1989.
- BOTELLA, Juan; CAÑEQUE, Carlos; GONZALO, Eduardo: *El pensamiento político en sus textos. De Platón a Marx*, Tecnos, Madrid 1994.
- BRÜNNER, Otto: *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale* (1965), trad. de Giulina Nobili Schiera - Claudio Tommasi, Milano, Giuffrè, 1983; «La 'casa grande' y la nueva 'Oeconomica' de la Vieja Europa», *Nuevos caminos de la historia social y constitucional*, Alfa, Buenos Aires 1976, pp. 87-123.
- CALASSO, Francesco: *Medioevo del Diritto, Le Fonti*, Giffrè, Milano 1954; *Introduzione al Diritto Comune*, Giuffrè Editore, Milano 1970.
- CERDÁ, Joaquín: «Principios de Derecho común en los Derechos locales del antiguo reino de Murcia», en VV.AA. *España y Europa. Un pasado jurídico común*, Murcia 1986, pp. 1245-1284.
- CHÁVARRI SIDERA, Pilar: *Las elecciones de los diputados a las Cortes Generales y Extraordinarias (1810-1813)*, CEC, Madrid 1988.
- CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo L.: *La regla y el principio de la mayoría*, CEC, Madrid 1993.
- CHUST CALERO, Manuel: «La Cortes de Cádiz y la problemática americana», *Las Cortes de Castilla y León 1188-1988*, cit., pp. 717-730.
- CLAVERO, Bartolomé: «La idea de Código en la Ilustración jurídica», *HID*, 6 (1979), pp. 49-88; «Signo social y secuela política de la legislación alfonsina. Planteamientos manualísticos», en VV.AA. *España y Europa. Un pasado jurídico común*, Instituto de Derecho Común, Murcia 1986, pp. 601-610; *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Temas clave de la Constitución española, Tecnos, Madrid 1984; *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Tecnos, Madrid 1986; «Cortes tradicionales e invención de la historia de España», en Cortes de Castilla y León (ed.), *Las Cortes de Castilla y León*, Valladolid 1990; *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, CEC, Madrid 1991; *Institución histórica del Derecho*, Marcial Pons, Madrid 1992; «Estudio introductorio» a *La Constitución de Inglaterra de Jean Louis DE LOLME*, CEC, Madrid 1992, pp. 13-85; *Manual de historia del constitucionalismo de España*, Alianza Universidad, Madrid 1992; *El Derecho común* (Temas de Historia del Derecho, Sevilla 1979), Salamanca 1994; «Autotutela de los pueblos», *Initium. Revista catalana d'història del dret*, nº 1, Barcelona 1996, pp. 283-298; CLAVERO, Bartolomé; RUIZ TORRES, Pedro; HERNÁNDEZ MONTALBÁN, F.J.: *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, Siglo XXI de España Editores, Madrid 1979.
- COING, Helmut: «La contribución de las naciones europeas al Derecho Común», en VV.AA. *España y Europa. Un pasado jurídico común*, Instituto de Derecho Común, Murcia 1986, pp. 45-61.
- COSTA, Pietro: *Jurisdicção. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 1969.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980.

- DA SILVA OCHOA, Juan Carlos: «Parlamento y opinión pública en el parlamentarismo clásico. La obra de Walter Bagehot», *Revista de las Cortes Generales*, nº 34, Primer cuatrimestre de 1995, pp. 193-211.
- DE ARGÜELLES, Agustín: *Discurso preliminar a la Constitución de 1812* (estudio preliminar de L. SÁNCHEZ AGESTA), CEC, Madrid 1989.
- DE BLAS GERRERO, Antonio: *Sobre el nacionalismo español*, CEC, Madrid 1989.
- DE DIOS, Salustiano: «Libertad de voto y privilegios procesales de los procuradores de las Cortes de Castilla (Siglos XVI-XVII)», *AHDE*, tomos LXIII-LXIV, pp. 235-344.
- DOLEZALEK, Gero: «Observaciones sobre el desarrollo del Derecho común hasta la época de Alfonso X el Sabio», en VV.AA. *España y Europa. Un pasado jurídico común*, Murcia 1986, pp. 27-44.
- DUFOUR, Gérard: *La Guerra de Independencia*, Biblioteca de Historia, Historia 16, Madrid 1999.
- ELORZA, Antonio; y LÓPEZ ALONSO, Carmen: *Arcaísmo y modernidad. Pensamiento político en España, siglos XIX-XX*, Historia 16, Madrid 1989.
- ESCUADERO, José Antonio: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, Madrid 1985.
- FERNÁNDEZ ALBALADEJO, Pablo: «Monarquía, Cortes y 'cuestión constitucional' en Castilla durante la Edad Moderna», *RCG*, 1 (1984), pp. 11-34.
- FERNÁNDEZ MARTÍN, Manuel: *Derecho parlamentario español. Colección de Constituciones, disposiciones de carácter constitucional, Leyes y Decretos electorales para Diputados y Senadores, y Reglamento de las Cortes que han regido en España en el presente siglo ORDENADA en virtud de acuerdo de la Comisión de gobierno interior del Congreso de los Diputados, fecha 11 de febrero de 1881* (Madrid: Imprenta de los Hijos de J.A. García, 1885), Congreso de los Diputados, tres vols., Madrid 1992.
- FERRANDO BADÍA, Fernando: «Protección exterior de la Constitución de 1812», en M. ARTOLA (ed.), *Las Cortes de Cádiz*, Marcial Pons, Madrid 1991, pp. 207-248.
- FIORAVANTI, Maurizio: *Appunti di storia delle costituzioni moderne, I. La libertà, presupposti culturali e modelli storici*, Giapichelli, Turín 1995 (trad. en Apuntes de Historia de las Constituciones. Los derechos fundamentales, Univ. Carlos III/Trotta, Madrid 1998).
- FOUCAULT, M.: *Diálogo sobre el poder*, Alianza, Madrid 1991.
- FREIRE LÓPEZ, Ana María: Índice bibliográfico de la Colección Documental del Fraile, Servicio Histórico Militar, Madrid 1983 (Padre bibliotecario del Convento de los Capuchinos de Sevilla. Joaquín CARAVALLA Y VERA (Sevilla 1766-1830)).
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: *Materiales para el Derecho Administrativo*.
- GARCÍA GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid 1979.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario: *Centroamérica en las Cortes de Cádiz*, Fondo de Cultura Económica, México 1994, pp. 60-303.
- GOODWIN, Bárbara: *El uso de las ideas políticas*, Península, Barcelona 1997.
- GRAY, John: *El liberalismo*, Alianza, Madrid 1992.

- GROSSI, Paolo: «Pensiero giuridico (Appunti per una 'voce' enciclopedica)», *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, 17 (1988), pp. 263-269; *La propiedad y las propiedades*, Civitas, Madrid 1992; *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid 1996.
- GURIEVICH, A.: *Las categorías de la cultura medieval*, Taurus, Madrid 1990.
- HABERMAS, Jürgen: *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Ed. Gustavo Gili, Barcelona 1981.
- HASTINGS, Adrian: *The Construction of Nationhood. Ethnicity, Religion and Nationalism*, Cambridge University Press, Cambridge 1997.
- HESPANHA, A.M.: «Representación dogmática y proyectos de poder», en *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna* (trad. de A. CAÑELLAS), CEC, Madrid 1993; Antonio Manuel de: *Vísperas del Levantón. Instituciones y poder político (Portugal-siglo VII)*.
- HINOJOSA, Eduardo de: *El elemento germánico en la Historia del Derecho Español*, Marcial Pons, Madrid 1993.
- IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino: «Derecho municipal, derecho señorial, derecho regio», *HID*, 4 (1977), pp. 115-197.
- JEFFERSON, Thomas: «Alocución inaugural a los ciudadanos», en *Autobiografía y otros escritos*, Tecnos, Madrid 1987.
- JOVELLANOS, Gaspar Melchor de: *Prosa escogida* (edición, introducción y notas a cargo de Félix HERRERO SALGADO), Edición Magisterio Español, Madrid 1976.
- KERN, Fritz: *Derechos del rey y derechos del pueblo* (trad. y estudio preliminar de Ángel LÓPEZ-AMO), Ediciones Rialp, Madrid 1955.
- KOSSELLECK, Reinhart: «Historia conceptual e Historia social», en *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, Paidós Básica, Barcelona 1993, pp. 105-127.
- LABASTIDA, Horacio: *Las Constituciones españolas*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 15-19 y 163-199.
- LAZO, Alfonso: *Revoluciones del Mundo Moderno*, Temas Claves Salvat, nº 4, Barcelona 1984.
- LOCKE, John: *Ensayo sobre el gobierno civil*, Alba, Madrid 1987.
- LORENTE SARIÑENA, Marta: *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución* (con «Prólogo» de F. TOMÁS Y VALIENTE), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988; «Materiales para documentar una época. La Constitución de 1812 y su vigencia en el Archivo del Congreso de los Diputados», *Revista de las Cortes Generales*, pp. 111-131; «América en Cádiz (1808-1812)», en *Los orígenes del constitucionalismo liberal en España e Iberoamérica: Un estudio comparado*, Junta de Andalucía, Consejería de Cultura y Medio Ambiente, 1993, pp. 20-66; «Los empleados de la redacción del *Diario de sesiones* y la *Colección de Decretos* de las Cortes Generales y Extraordinarias», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), nº 93, Julio-Septiembre, Madrid 1996; LORENTE, Marta, LÓPEZ, Reynaldo y MARTÍNEZ, Fernando: «Amparos posesorios y presentación de títulos. La abolición del señorío jurisdiccional. Casa Aranda-Hijar (1811-1854)», *AHDE*, T. LXVII, vol. II, p. 1447-1463.

- LUKES, Steven: *Power: A Radical View*, MacMillan 1974.
- MACPHERSON, C.B.: *La democracia liberal y su época*, Alianza, Madrid 1994.
- Mc ILWAIN, Charles Howard: *Constitucionalismo antiguo y moderno*, CEC, Madrid 1991.
- MARCUELLO BENEDICTO, Juan Ignacio: «Las Cortes Generales y Extraordinarias: organización y poderes para un gobierno de Asamblea», en *Las Cortes de Cádiz*, Marcial Pons, Madrid 1991, pp. 67 y ss.
- MARTÍ, Casimiro: «Afianzamiento y despliegue del sistema liberal», en VV.AA., «*Revolución burguesa. Oligarquía y caciquismo (1834-1923)*», *Historia de España*, v. VIII, Labor, Barcelona 1983, pp. 171-268.
- MARTÍN, José Luis: *Las Cortes medievales*, Biblioteca de Historia 16, Madrid 1999.
- MARTÍNEZ DÍAZ, Nelson: *La independencia Hispanoamericana*, Biblioteca Historia 16, Madrid 1999.
- MARTÍNEZ MARINA, Francisco: *Obras Escogidas*, Biblioteca de Autores Españoles, T. CXCIX, Madrid 1966.
- MARTIRÉ, Eduardo: «Proyección del liberalismo gaditano en los países de América», *Las Cortes de Castilla y León 1188-1988*, cit., pp. 663-703.
- MERCHÁN ÁVAREZ, Antonio: *Antología sobre las épocas del Derecho Español. Concepto y textos de Derecho histórico*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998.
- MILL, John Stuart: *Del Gobierno representativo*, Tecnos, Madrid 1994; *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid 1993.
- MORABITO, Marcel y BOURMAUD, Daniel: *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*, Montchrestien, Paris 1993.
- MUNIESA, Bernat: *El discurso jacobino en la Revolución francesa*, trad. de J. Vinyoli, Ariel Historia, Barcelona 1987.
- MUÑOZ ALONSO, Alejandro: «Opinión pública y parlamento. Las transformaciones del régimen parlamentario», *Revista de las Cortes Generales*, nº 35, Segundo cuatrimestre de 1995, pp. 7-75.
- PAINE, Thomas: *Sentido común y otros escritos*, Clásicos del pensamiento, Tecnos, Madrid 1990.
- PENDÁS GARCÍA, Benigno: *Jeremy Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado constitucional*, CEC, Madrid 1988.
- PESET, Mariano: «Los fueros y privilegios alicantinos de Alfonso X», en VV.AA., *España y Europa. Un pasado jurídico común*, Instituto de Derecho Común, Murcia 1986, pp. 727-758.
- PETIT, Carlos: «Derecho común y derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV-XVII)», *TIJ*, 50 (1982), pp. 157-195.
- PETIT, Carlos: «Consuetudo y mos en la Lex Visigothorum», *AHDE*, 54 (1984), pp. 209-252.
- PETIT, Carlos y VALLEJO, Jesús: *La categoría jurídica en la cultura europea medieval*.
- PIÑA HOMS, Román: «La instrucción pastoral conjunta», en *Las Cortes de Castilla y León 1188-1988*, Actas del Congreso sobre Historia de las Cortes de Castilla y León, Valladolid 1990.

- POPPER, Karl: *La miseria del historicismo*, Alianza, Madrid 1991.
- PORTILLO VALDÉS, José María: *Monarquía y gobierno provincial. Poder y Constitución en las Provincias Vascaas (1760-1808)*, CEC, Madrid 1991; *Los poderes locales en la formación del régimen foral. Guipúzcoa 1812-1850*; «La historia del primer constitucionalismo español. Proyecto de investigación», *Quaderni Fiorentini*, 24 (1995), p. 303-373.
- PRIETO, Fernando: *Lecturas de historia de las ideas políticas*, Unión Editorial, Madrid 1989.
- PUJOL MONTERO, José María: *El Consejo Real de Castilla en el reinado de Fernando VII*, 2 vols., Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1992.
- RANIERI, Filippo: «El estilo judicial español y su influencia en la Europa del Antiguo Régimen», en VVAA, *España y Europa. Un pasado jurídico común*, Murcia 1986, pp. 101-118.
- RICO LINAGE, Raquel: *Constituciones históricas. Ediciones oficiales*, Sevilla 1989; «Constitución, Cortes y opinión pública: Sevilla, 1809», Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE), LXVII, vol. I, Madrid 1997, pp. 799-819.
- ROBESPIERRE: «Sobre el Gobierno representativo», en *La revolución jacobina*, Barcelona 1973.
- RODRÍGUEZ ALONSO, Manuel (ed.): *Los manifiestos políticos en el siglo XIX (1808-1874)*, Ariel Practicum, Barcelona 1998.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques: *Del contrato social. Sobre las ciencias y las artes. Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Alianza, Madrid 1992; *El contrato social*, Altaya, Barcelona 1993.
- SCHOLZ, Johannes Michael: «La Historia del Derecho como Sociología histórica de la cultura», *AHDE*, t. LVIII, Madrid 1988, pp. 499-507.
- SEMINARIO DE HISTORIA MODERNA: *Cortes de Cádiz. Informes oficiales sobre Cortes. Baleares*, (estudio preliminar de F. SUÁREZ), Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1967; *Cortes de Cádiz. Informes oficiales sobre Cortes. Valencia y Aragón*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1968; *Cortes de Cádiz. Informes oficiales sobre Cortes. Andalucía y Extremadura*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1974.
- SENADO: *Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812. Catálogo bibliográfico*, Madrid 1987.
- SIEYES, Emmanuel: *¿Qué es el tercer estado? Ensayo sobre los privilegios*, Alianza, Madrid 1994.
- SOLÍS FERNÁNDEZ, José: «Maurizio Fioravanti: Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones», *IUS FUGIT*, vol. 5-6, Universidad de Zaragoza, 1997, pp. 535-8.
- SUÁREZ, Federico: «Estudio preliminar y notas» a Seminario de Historia Moderna, *Cortes de Cádiz. I. Informes oficiales sobre Cortes Baleares*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1967, pp. 14-104; *El proceso de convocatoria a Cortes (1808-1810)*, Pamplona 1982; *Las Cortes de Cádiz*, Rialp, 1982; *La crisis política del Antiguo Régimen en España (1808-1840)*, Rialp, Madrid 1988.

- TAYLOR, G.: «Les Cahiers de 1789: aspects révolutionnaires et non révolutionnaires», *Annales, Économies, Sociétés, Civilisations*, 28^{ème}, n° 6, Novembre-Décembre, Paris, 1973, pp. 1495-1514.
- THOMPSON, I.A.: «El final de las Cortes de Castilla», en *Revista de las Cortes Generales*, n° 8, Primer cuatrimestre de 1996, pp. 43-60.
- THOMPSON, I.A.: «Cortes de Castilla 1590-1665», *RCG*, n° 8, pp. 7-42.
- TIERNO GALVÁN, Enrique (ed.): *Actas de las Cortes de Cádiz*, Taurus, Madrid 1964.
- TOCQUEVILLE, Alexis de: *La democracia en América* (orig. *De la démocratie en Amérique*, vol. I 1835 y vol. II 1840), Alianza, Madrid, vol. I 1997 y vol. II 1996; *Antiguo Régimen y Revolución*, Editorial Guadarrama, Madrid 1969.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: «La España de Felipe IV. El Gobierno de la Monarquía. La crisis de 1640 y el fracaso de la hegemonía europea», *Historia de España* fundada por Ramón MENÉNDEZ PIDAL, dirigida por José María JOVER ZAMORA, tomo XXV, Espasa-Calpe, Madrid 1982; *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid 1990; «Lo que no sabemos acerca del Estado liberal (1808-1868)», en VVAA, *Antiguo Régimen y liberalismo. Homenaje a Miguel Artola. I. Visiones generales*, Madrid, Alianza/Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 1994, pp. 137-145; *Constitución: escritos de introducción histórica*, (prólogo de B. CLAVERO, pp. 9-28), Marcial Pons, Madrid 1996.
- TOMÁS VILLAROYA, Joaquín: *Breve historia del constitucionalismo español*, CEC, Madrid 1989.
- TUSELL GÓMEZ, Javier: *Introducción a la Historia del Mundo Moderno*, Madrid 1988.
- VALLEJO, Jesús: «Ortografía y heterografía constitucionales», *AHDE*, t. LXIII-LXIV, Madrid 1993-4, pp. 615-700; «El cáliz de plata» (versión castellana del artículo publicado en *Storia d'Europa (Il Medioevo. Secoli V-XV)* a cura di G. ORTALLI, Turín 1994, pp. 737-756).
- VALLESPÍN, Fernando: «El pensamiento en la historia: aspectos metodológicos», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 13 (1992), pp. 151-178.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín: *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983; «La doctrina de la Constitución histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845», en *Revista de Derecho Político*, núm. 39, Madrid 1995, pp. 45-79; *Textos básicos de la Historia constitucional Comparada*, CEPYC, Madrid 1998.
- VVAA, *La España de Fernando VII*, Nueva Historia de España, vol. 14, Edef, Madrid 1994.
- VVAA, «Centralismo, Ilustración y agonía del Antiguo Régimen (1715-1833)», *Historia de España* dirigida por TUNÓN DE LARA, t. VII, Labor, Barcelona 1982, pp. 265-308.
- VVAA.: F. VALLESPÍN (ed.), *Historia de la Teoría Política*, vol. VI, Alianza, Madrid 1995.

OTRAS FUENTES HISTÓRICAS EMPLEADAS:

- *Catecismo civil y breve compendio de las obligaciones del español, conocimiento político de la libertad y explicación de su enemigo muy útil en las actuales circunstancias*, 1808, AS, CGA 39695.
- ARAGONESES CHESO (seudónimo de Mariano ÁLVAREZ), *Discurso sobre la organización y planta de la Junta Suprema de Estado que absorva la soberanía*, Madrid, Junta Suprema de Collado, 1808, AS, CGA Caja 337-01.
- *El juego de las provincias de España*, 1808, AS, CGA 39695.
- *La Junta Suprema Gubernativa del Reino a la Nación Española*, Aranjuez, 1808, AS, CGA Cajas 324-04 y 337-01.
- *Orden del Consejo Real por la que se declaran nulos los Decretos de abdicación y cesión de la Corona de España, firmados por los Srs. Reyes D. Fernando VII y D. Carlos IV*, 1808, AS, CGA Caja 321-02 *Constitución de Bayona*, 1808, AS, CGA Caja 296-28 y 36316.
- *Oficio del Real Consejo comunicando el Real Decreto por el que S.M. Carlos IV hace renuncia de su Corona a favor del Emperador de los franceses*, Madrid 1808, AS, CGA Caja 324-01.
- *Oficio del Consejo Real comunicando un acuerdo de la Junta Suprema y Central de Gobierno, por el que se decide que, para darle el realce debido a sus funciones, que se le de en cuerpo el tratamiento de Majestad*, Madrid 1808, AS, CGA Caja 324-01.
- *Instrucción que deberá observarse para la elección de diputados de Cortes*, Sevilla, Imprenta Real, 1810, AS, CGA Caja 284-01.
- *El Consejo de Regencia e Indias a los americanos españoles (informándoles de los acontecimientos de la Península y pidiéndoles que envíen Diputados. Seguido de un Real Decreto con instrucciones sobre los Diputados)*, Isla de León, 1810, AS, CGA Caja 284-04.
- *Real Decreto de 29 de enero de 1810 mandando se establezca un Consejo de Regencia nombrando cinco personas, una al Obispo Quevedo*, Coruña 1810, AS, CGA 42250.
- *Real Orden de 25 de junio de 1809 anulando los Antiguos y creando un Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias*, Alcázar de Sevilla, 1809, AS, CGA 42250.
- *Real Orden de 12 de abril de 1809 en que se manifiestan las penas o castigos en que incurren los Obispos que favorezcan el partido de Napoleón*, Sevilla, 1809, AS, CGA 42250.
- *Oficio del REAL CONSEJO comunicando el Real Decreto por el que S.M. Carlos IV hace renuncia de su Corona a favor del Emperador de los franceses*, Madrid 1808, AS, CGA Caja 324-01.
- CALVO DE ROZAS, Lorenzo: *Reglamento que dio al Consejo interino de Regencia de la Suprema Junta Central... y proposición hecha... en 1809 sobre la libertad de imprenta*, Cádiz, Imprenta Real, 1810, AS, CGA 40457.
- LORD HOLLAND (Henry Richard Fox Vassal), *Insinuaciones sobre las Cortes*, London, E. Blackader, (sin año: ¿1809?), AS, CGA Caja 309-02.

- *Real provisión del Consejo, por el qual, habiéndose verificado la instalación de la Junta Central Gubernativa de los Reynos de España y de las Indias, se mandan observar las resoluciones de esta como depositaria de la autoridad de nuestro amado Monarca el señor Don Fernando VII*, Madrid, Imprenta Real, 1808, AS, CGA Cajas 321-02, 294-02 y 324-01.
- Memoria cristiano-política sobre lo mucho que la Nueva España debe temer de su desunión en partidos y las grandes ventajas que puede esperar de su unión y confraternidad. Por el Dr. D. Agustín Pomposo Fernández de San Salvador, 1810, Por D. Mariano de Zúñiga y Ontiveros, SHM 605/2221.
- CALVO DE ROZAS, Lorenzo: *Reglamento que dio al Consejo Interino de Regencia la Suprema Junta Central, motivos que ocasionaron su nombramiento y la abdicación de la misma, y proposición hecha en el mes de setiembre de 1809 sobre la libertad de imprenta*, por Don Lorenzo Calvo de Rozas, Cádiz: Imprenta Real 1810, AS, CGA 40457.
- *Real Orden de 25 de junio de 1809 anulando los Antiguos y creando un Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias*, AS, CGA 42250.
- CONSEJO DE REGENCIA: *«Instrucción que deberá observarse para la elección de diputados de Cortes, Sevilla: en la Imprenta Real. Año 1810»*, ARCHIVO DEL SENADO, Colección Gómez de Arteche, Caja 284-01.

PUNTOS CLAVE DE LA NUEVA REFORMA LABORAL

Por
EDUARDO DÍAZ ABELCÁN
Abogado

COMENTARIOS

Resolución 2.ª del Consejo de Ministros de 11 de Septiembre de 2007 (BOE 11/9/2007) por la que se aprueba el Real Decreto-Ley 10/2007, de 6 de Agosto, por el que se modifica la Ley Orgánica 8/1980, de 3 de Julio, de Garantías Constitucionales y de Libertades Individuales y se crea el Tribunal Constitucional. El Real Decreto-Ley 10/2007, de 6 de Agosto, modifica la Ley Orgánica 8/1980, de 3 de Julio, de Garantías Constitucionales y de Libertades Individuales en los artículos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10.º, 11.º, 12.º, 13.º, 14.º, 15.º, 16.º, 17.º, 18.º, 19.º, 20.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º, 25.º, 26.º, 27.º, 28.º, 29.º, 30.º, 31.º, 32.º, 33.º, 34.º, 35.º, 36.º, 37.º, 38.º, 39.º, 40.º, 41.º, 42.º, 43.º, 44.º, 45.º, 46.º, 47.º, 48.º, 49.º, 50.º, 51.º, 52.º, 53.º, 54.º, 55.º, 56.º, 57.º, 58.º, 59.º, 60.º, 61.º, 62.º, 63.º, 64.º, 65.º, 66.º, 67.º, 68.º, 69.º, 70.º, 71.º, 72.º, 73.º, 74.º, 75.º, 76.º, 77.º, 78.º, 79.º, 80.º, 81.º, 82.º, 83.º, 84.º, 85.º, 86.º, 87.º, 88.º, 89.º, 90.º, 91.º, 92.º, 93.º, 94.º, 95.º, 96.º, 97.º, 98.º, 99.º y 100.º.

1. IMPULSO DEL CONTRATO PARA EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDIVIDUAL

Se reconoce la posibilidad de transformación en contratos para el fomento de la contratación indefinida de los contratos temporales celebrados hasta el 31 de diciembre de 2007 (Decreto-Ley 10/2007).

Para ello se modifica la disposición adicional primera, aparta do 2.º, letra b) de la Ley 12/2001, de 3 de Julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, que quedará redactada de la siguiente manera:

2. El contrato para el fomento de la contratación indefinida podrá celebrarse con trabajadores indefinidos en virtud de los grupos siguientes: b) *Indefinidos* que, en la fecha de celebración del nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida, estuvieran contratados en la misma empresa cumpliendo un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados con anterioridad al 31 de diciembre de 2007.

PUNTOS CLAVE DE LA NUEVA REFORMA LABORAL

POR
EDUARDO DÍAZ ABELLÁN
ABOGADO

SUMARIO: 1. IMPULSO DEL CONTRATO PARA EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA. 2. NUEVO PROGRAMA DE BONIFICACIONES Y PLAN EXTRAORDINARIO PARA LA CONVERSIÓN DE EMPLEO TEMPORAL EN FIJO. 3. REDUCCIÓN DE COTIZACIONES EMPRESARIALES. 4. ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS TEMPORALES. 5. CONTRATO PARA LA FORMACIÓN. 6. CONTRATO DE INSERCIÓN. 7. SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS. 8. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. 9. INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. 10. PRESTACIONES POR DESEMPLEO. 11. PRESTACIONES DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL. 12. CONSIDERACIONES FINALES. 13. NUESTRO PUNTO DE VISTA.

1. IMPULSO DEL CONTRATO PARA EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA

Se reconocerá la posibilidad de transformación en contratos para el fomento de la contratación indefinida de los *contratos temporales celebrados hasta el 31 de diciembre de 2007* (indemnización 33 días).

Para ello, se modificará la disposición adicional primera, apartado 2, letra b), de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, que quedará redactada de la siguiente manera:

«2. El contrato (para el fomento de la contratación indefinida) podrá concertarse con trabajadores incluidos en uno de los grupos siguientes: b) Trabajadores que, en la fecha de celebración del nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida, estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrado con anterioridad al 31 de diciembre de 2007.»

2. NUEVO PROGRAMA DE BONIFICACIONES Y PLAN EXTRAORDINARIO PARA LA CONVERSIÓN DE EMPLEO TEMPORAL EN FIJO

- 1º. Los colectivos de trabajadores desempleados cuya contratación indefinida inicial será objeto de bonificación, son los siguientes:
- Mujeres.
 - Jóvenes con edades comprendidas entre dieciséis y treinta años, ambas inclusive.
 - Mayores de cuarenta y cinco años.
 - Demandantes de empleo inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante, al menos, seis meses.
 - Personas con discapacidad.
 - Trabajadores en situación de exclusión social.
 - Víctimas de violencia de género.
- 2º. **Se mantienen en su regulación actual** las bonificaciones para los trabajadores de sesenta o más años, con una antigüedad en la empresa de cinco años o más.
- 3º. **Seguirá siendo objeto de bonificación** la transformación en indefinidos de los contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, **suprimiéndose** las restantes bonificaciones a las conversiones de contratos temporales en indefinidos.
- 4º. **Con carácter excepcional, dentro de un Plan extraordinario para la conversión de empleo temporal en fijo, se bonificará** la conversión en indefinidos de los contratos temporales, incluidos los señalados en el punto anterior, suscritos con anterioridad al uno de junio de 2006, siempre que la **transformación se efectúe con anterioridad al uno de enero de 2007.**
- 5º. **Serán beneficiarias de las bonificaciones** tanto las empresas como los trabajadores autónomos que suscriban contratos indefinidos a tiempo completo, incluidos los fijos discontinuos, con los trabajadores anteriormente señalados, con las cuantías y duraciones que se detallan más adelante. **Se extienden** estas bonificaciones a las personas pertenecientes a los colectivos señalados más adelante, que se incorporen con carácter indefinido como socios trabajadores o de trabajo a las cooperativas o sociedades laborales.

- 6º. **Cuando el contrato indefinido sea a tiempo parcial,** las bonificaciones previstas en el cuadro adjunto se reconocerán en las siguientes **proporciones:**
- El 75%, cuando la jornada laboral sea superior a la mitad de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a las tres cuartas partes de dicha jornada.
 - El 50%, cuando la jornada laboral sea superior a la cuarta parte de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a la mitad de dicha jornada.
 - El 25%, cuando la jornada laboral sea inferior al 25% de la jornada habitual o a tiempo completo.

NUEVO PROGRAMA DE FOMENTO DE EMPLEO

Bonificaciones a la contratación indefinida

- Mujeres:
 - Desempleadas, así como las víctimas de violencia de género: 850€ durante 4 años.
 - Contratadas en los 24 meses siguientes al parto: 1.200€ durante 4 años.
 - Contratadas después de 5 años de inactividad laboral, si, anteriormente a su retirada, han trabajado, al menos, 3 años: 1.200€ durante 4 años.
 - Con contrato suspendido (indefinido o temporal) reincorporadas tras la maternidad.: 1.200€ durante 4 años.
- Mayores de 45 años: 1.200€ durante toda la vigencia del contrato.
- Jóvenes de 16 a 30 años: 800€ durante 4 años.
- Parados de al menos seis meses y personas en situación de exclusión social: 600€ durante 4 años.
- Conversiones en indefinidos de contratos formativos, de relevo y sustitución por jubilación: 500€ durante 4 años.
- Personas con discapacidad: 3.000€ toda la vigencia del contrato.
- Personas con discapacidad severa, procedentes de enclaves laborales: 3.200€ toda la vigencia del contrato.

PLAN EXTRAORDINARIO PARA LA CONVERSIÓN DE EMPLEO TEMPORAL EN FIJO

Conversiones en indefinidos de contratos temporales, incluidos los contratos formativos, de relevo y de sustitución por jubilación, en todos los casos **celebrados antes del 1 de junio de 2006**, siempre que la conversión se realice antes del 1 de enero de 2007: 800€ durante 3 años.

BONIFICACIONES EN SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE CONTRATACION TEMPORAL

- Víctimas de violencia de género: 600€ toda la vigencia del contrato.
- Personas en situación de exclusión social: 500€ toda la vigencia del contrato.
- Personas con discapacidad: 2.200€ toda la vigencia del contrato.

3. REDUCCIÓN DE COTIZACIONES EMPRESARIALES

Se reducirán las cotizaciones empresariales por desempleo de los contratos indefinidos, disminuyendo 0,25 puntos la cotización desde el 1 de julio de 2006 pasando del actual 6% al 5,75%, y un 0,25 adicional desde el 1 de julio de 2008 pasando del 5,75% al 5,50%, hasta alcanzar una rebaja total de 0,50 puntos.

Se igualará la cotización empresarial por desempleo de los contratos de duración determinada a tiempo completo celebrados por las empresas de trabajo temporal a la de la contratación de duración determinada directa, pasando del actual 7,70% al 6,70% desde el 1 de julio de 2006.

Se reducirá el actual tipo de cotización empresarial al FOGASA, quedando establecido en el 0,2% desde el 1 de julio de 2006.

4. ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS TEMPORALES

1º. Se sustituye la actual redacción del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores por la siguiente:

*«5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un **periodo de 30 meses** hubieran estado **contratados durante un plazo***

*superior a 24 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante **dos o más contratos temporales**, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores **fijos**.*

Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

*Lo dispuesto en este apartado **no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad.**»*

2º. Se incluirá una Disposición Transitoria de la norma que dé ejecución al Acuerdo para regular la entrada en vigor de la regla establecida en la nueva redacción del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, con la siguiente redacción:

«Lo previsto en el artículo 15.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores será de aplicación a los trabajadores que suscriban tales contratos a partir de la entrada en vigor de esta norma.

Respecto de los contratos suscritos por el trabajador con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del periodo y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomará en consideración el vigente a la entrada en vigor de esta norma.»

5. CONTRATO PARA LA FORMACIÓN

El artículo 11.2 a) del Estatuto de los Trabajadores quedará redactado de la siguiente manera:

«El contrato para la formación se podrá celebrar con trabajadores mayores de 16 años y menores de 21 años que

carezcan de la titulación requerida para realizar un contrato en prácticas.

El límite máximo de edad será de 24 años (**ANTES SIN LÍMITE**) cuando el contrato se concierte con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de escuelas taller y casas de oficios. El límite máximo de edad no será de aplicación cuando el contrato se concierte con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de talleres de empleo o se trate de personas con discapacidad.» (**SE ELIMINAN:** Extranjeros, trabajadores sin actividad laboral durante 3 años y quienes estén en riesgo de exclusión social).

6. CONTRATO DE INSERCIÓN

Esta modalidad contractual desaparece.

7. SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS

1º. Al artículo 42.4 del Estatuto de los Trabajadores, se le añade un último párrafo en los siguientes términos:

«Cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un **libro registro** en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores.»

2º. Se incluirá un nuevo apartado 6 en el artículo 42 del Estatuto de los trabajadores con la siguiente redacción:

«Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende».

3º. Se incluirá un nuevo apartado 7 en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores con la siguiente redacción:

«Los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de **coordinación** entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley.

La capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación.»

4º. El artículo 81 del Estatuto de los Trabajadores quedará redactado en los siguientes términos:

«En las empresas o centros de trabajo, siempre que sus características lo permitan, se pondrá a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa un **local adecuado** en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tableros de anuncios.

La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden con la empresa. Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo.»

8. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

Se incluirá la siguiente definición de «cesión ilegal de los trabajadores» como nuevo apartado 2 del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, pasando los actuales apartados 2 y 3 a numerarse como 3 y 4:

«En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstan-

«... que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario».

9. INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

1º. Se reforzarán sus efectivos y medios técnicos y materiales mediante:

- El incremento de la plantilla de funcionarios del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Está planificado que, frente a los 772 Inspectores y 799 Subinspectores en activo al inicio de la legislatura, se alcance la cifra de 904 Inspectores y 923 Subinspectores al final de 2007 y la cifra de 954 Inspectores y 968 Subinspectores en el año que concluye la legislatura, junto con el correspondiente incremento del personal de apoyo.
- La mejora de la dotación informática y, donde sea necesario, habilitación de nuevas dependencias para las Inspecciones Provinciales.

2º. Se articulará la participación de los interlocutores sociales en la definición de los objetivos y programas del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mediante la constitución de Órganos de representación de carácter consultivo en los ámbitos estatal y autonómico, a través de la introducción en la norma por la que se dé ejecución a este Acuerdo de una disposición que se redactará en los siguientes términos:

«Las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas serán consultadas y podrán formular propuestas sobre los objetivos y programas del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el ámbito de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, a través de órganos de representación de carácter consultivo de composición tripartita y paritaria.»

A tal efecto, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales dictará, en el plazo de tres meses, las normas oportunas para la constitución del órgano correspondiente en el ámbito de la Administración General del Estado. Las Comunidades Autónomas, en función de su capacidad de autoorganización, establecerán las correspondientes instancias de esta participación de las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas.»

3º. Los firmantes de este Acuerdo analizarán la participación de los representantes de los trabajadores y de las empresas en las visitas de inspección y la información sobre los resultados de las mismas cuando de ellas se deriven efectos que se refieran a derechos colectivos o hayan concluido en requerimientos o actas de infracción o liquidación.

4º. Las actuaciones de la Inspección se desarrollarán, prioritariamente, a través de actuaciones y campañas planificadas y programadas. Las mismas tendrán también un carácter informativo y de promoción y divulgación de la normativa laboral y no solo un contenido estrictamente sancionador. Junto a la atención a las restantes competencias que están asignadas legalmente al Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, especialmente en materia de prevención de riesgos laborales, se potenciará progresivamente el número de actuaciones dirigidas a las materias siguientes:

- Revisión del fraude en la contratación temporal en empresas o sectores con una tasa de temporalidad superior a la media.
- Igualdad de trato y no discriminación.
- Empleo irregular: inmigrantes y economía sumergida.
- Empleo de personas con discapacidad.

10. PRESTACIONES POR DESEMPLEO

1º. Se extenderá el subsidio por desempleo de 6 meses a los mayores de 45 años sin responsabilidades familiares por haber agotado una prestación contributiva inferior a 12 meses.

2º. Se considerará la Renta Activa de Inserción como un derecho subjetivo y se cotizará a la Seguridad Social por este colectivo. A tal fin, se aprobará un Real Decreto de regulación de la RAI, configurándola con carácter permanente, en lugar de anual, y previéndose que la entidad gestora cotice durante los

once meses de duración de la RAI en las mismas condiciones que en el subsidio por desempleo, establecidas en el artículo 218.1 y 4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, es decir por las contingencias de asistencia sanitaria y protección a la familia.

3º. Se clarificará la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos, modificando el artículo 208.1.4. del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social del siguiente modo:

«Igualmente, se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos, incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, en los períodos de inactividad productiva. Las referencias a los fijos discontinuos del Título III de esta Ley y de su normativa de desarrollo incluyen también a los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas.»

4º. Se extenderá a los fijos discontinuos que extinguen esa relación laboral el subsidio especial para mayores de 45 años que hayan agotado una prestación contributiva de cualquier duración, siempre que hayan cotizado como fijos discontinuos un mínimo de nueve años.

5º. Se permitirá, a solicitud del interesado, que el trabajador fijo discontinuo, aunque no haya extinguido el derecho a prestación anterior, pueda optar por reanudar ese derecho o por percibir uno nuevo, siempre que acredite nuevos períodos de ocupación cotizada de al menos 360 días, así como el cumplimiento de los requisitos exigidos. Cuando el trabajador fijo discontinuo hubiera optado por reanudar el derecho suspendido, las cotizaciones tenidas en cuenta para la prestación por la que no hubiera optado se computarán para el reconocimiento de un derecho posterior.

6º. Se ampliará la cobertura de desempleo a los socios trabajadores temporales de cooperativas cuando se extingue su relación societaria temporal.

11. PRESTACIONES DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

1º. Se mejorará la protección por el FOGASA de los salarios adeudados a los trabajadores en caso de insolvencia empresa-

rial, modificando el artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores de la siguiente manera:

- Se ampliará la cuantía máxima del salario a abonar por el FOGASA del duplo del salario mínimo interprofesional diario al triple de dicho salario mínimo.
- Se elevará el número de días máximos de salario pendiente de pago a abonar por el FOGASA de 120 a 150 días.
- Se incluirá en el abono del FOGASA la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

2º. Se mejorará la protección por el FOGASA de las indemnizaciones reconocidas por despido, extinción o finalización de contratos modificando el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores de la siguiente manera:

- El salario diario, base de cálculo de la indemnización, se ampliará del duplo del salario mínimo interprofesional al triple del salario mínimo.
- El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, se calculará sobre la base de 30 días por año de servicio, frente a los 25 días actualmente aplicables, respetando el límite máximo de una anualidad.
- Se incluirán entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA las debidas por extinción por las causas objetivas previstas en los artículos 52 a), b) y e) del Estatuto de los Trabajadores.
- Se incluirán entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA las debidas por extinción del contrato de conformidad con el artículo 64 de la Ley Concursal.
- Se incluirán entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA las debidas por finalización de los contratos temporales.
- Se incluirá entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA las conciliadas judicialmente, promoviéndose una mayor participación de los representantes del Fondo en dichas conciliaciones.

3º. En el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la protección por el FOGASA en las empresas de menos de 25

trabajadores, **se incluirán** entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA las debidas por extinción del contrato de conformidad con el artículo 64 de la Ley Concursal.

12. CONSIDERACIONES FINALES

Luchar contra la temporalidad

El eje central de la negociación ha girado siempre en torno a la reducción de la temporalidad y sobre los instrumentos que había que utilizar para ese fin. En esta ocasión, la razón de ser del presente Acuerdo no es tanto aumentar el empleo, sino que éste sea de más calidad; todo ello encaminado bajo el deseo de consecución del primordial fin de la reforma: el empleo estable.

Instrumentos novedosos

El principal objetivo de mejorar la estabilidad en el empleo se considera como un compromiso que, según las tres partes, contribuirá a avanzar en un modelo de crecimiento económico duradero y equilibrado, basado en la competitividad de las empresas, el incremento de la productividad y la cohesión social. El texto introduce por primera vez instrumentos novedosos, como las medidas contra el encadenamiento abusivo de contratos temporales, junto con mejoras en la protección social, rebajas de cotizaciones empresariales, potenciación de los Servicios Públicos de Empleo y de la Inspección de Trabajo. En conclusión, el Acuerdo pretende seguir impulsando la creación de empleo y la flexibilidad de nuestras empresas, que tienen que competir en un mercado cada vez más abierto y exigente, pero sin los efectos negativos de una excesiva temporalidad. Acaba, además, con el prestamismo laboral que tanto daño está haciendo a determinados sectores como por ejemplo el de la construcción, y mejora la protección a los desempleados de mayor edad y a los que quedan en desempleo cuando su empresa cierra.

13. NUESTRO PUNTO DE VISTA

Las líneas del Acuerdo se agrupan en tres apartados:

- El primero va dirigido a impulsar la contratación indefinida y la conversión de empleo temporal en fijo, bonificando y esti-

mulando los nuevos contratos fijos (con ayudas que irán de los 500 a los 3.200 euros al año), y reduciendo las cotizaciones al desempleo de los contratos fijos (con una rebaja total de medio punto).

- El segundo tiene que ver con limitar el encadenamiento de contratos temporales y con la necesidad de introducir una mayor transparencia en la subcontratación.
- El tercero se refiere a potenciar la eficiencia de las políticas activas de empleo, del INEM y del sistema de protección por desempleo.

Tras la reforma proyectada, estamos en disposición de confirmar que los cambios normativos en materia de subcontratación, cesión ilegal de trabajadores y protección social son sin duda positivos y vienen a dar respuesta al compromiso de avance en nuestro mercado laboral.

Ahora bien, el objetivo primordial del Acuerdo consistente en la reducción de la temporalidad se nos antoja algo modesto, por cuanto se trata de restringir, por diversas vías, los porcentajes de contratos temporales, pero el marco regulador de las contrataciones indefinidas se deja prácticamente intacto. Solamente el reflejo que supone la indemnización de 33 días de salario por año de trabajo en vez de 45 días ante la conversión de contratos temporales en indefinidos es significativo. Sin embargo, no hay ninguna otra medida para hacer más atractiva a los empresarios la figura del contrato indefinido, por lo que será conveniente realizar todos los esfuerzos necesarios para eliminar los rasgos de rigidez que muestra actualmente la regulación contractual indefinida. A medio y largo plazo una política de bonificaciones y subvenciones no cambiará la resistencia empresarial a la contratación indefinida: hay que seguir trabajando.

REGULACIÓN DE LA TARJETA SANITARIA INDIVIDUAL EN LA COMUNIDAD DE MADRID

POR
LUIS SARRATO MARTÍNEZ
ABOGADO ESPECIALISTA EN DERECHO SANITARIO Y FARMACÉUTICO

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Alcance y sentido de la Tarjeta Sanitaria Individual. 2. LA TARJETA SANITARIA INDIVIDUAL EN LA COMUNIDAD DE MADRID. 3. PROCEDIMIENTO DE OBTENCIÓN DE LA TARJETA SANITARIA INDIVIDUAL EN LA COMUNIDAD DE MADRID. 3.1. Solicitud por el interesado y documentación necesaria. 3.2. Tramitación de las solicitudes. 3.3. Concesión y validez de la Tarjeta Sanitaria Individual.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Alcance y sentido de la Tarjeta Sanitaria Individual

En la actualidad, la asistencia sanitaria es una prestación incluida en la acción protectora del sistema español de Seguridad Social. El derecho a la asistencia sanitaria se adquiere y se conserva cuando se cumplen determinados requisitos establecidos en la legislación que regula los distintos regímenes de la Seguridad Social.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, en su artículo 57, establece que el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de la atención sanitaria que proporciona el Sistema Nacional de Salud se facilitará a través de la tarjeta sanitaria individual, como documento administrativo sanitario que acredita determinados datos de su titular.

Igualmente, el mismo precepto establece que, sin perjuicio de su gestión en el ámbito territorial respectivo por cada Comunidad Autónoma, las tarjetas incluirán de forma normalizada, los datos básicos de identificación del titular de la tarjeta, del derecho que le asiste en relación con la prestación farmacéutica y del servicio de salud o entidad responsable de la asistencia sanitaria, y que los dispositivos que las tarjetas incorporen para almacenar la información básica y las aplicaciones que la traten deberán permitir que la lectura y comprobación de los datos sea técnicamente posible en todo el territorio del Estado, por lo que atribuye al Ministerio de Sanidad y Consumo la potestad de establecer los requisitos y estándares necesarios.

Para dar cumplimiento a las anteriores previsiones, y en desarrollo del artículo 57 de la Ley 16/2003, tuvo lugar la aprobación del Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual, con el objeto de regular la emisión y validez de la tarjeta sanitaria individual, los datos básicos comunes que de forma normalizada deberán incorporar, el código de identificación personal del Sistema Nacional de Salud y la base de datos de población protegida de dicho sistema.

El artículo 2 del Real Decreto 183/2004, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual, trata sobre la emisión y validez de la tarjeta sanitaria individual, disponiendo que las Administraciones sanitarias autonómicas y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) emitirán una tarjeta sanitaria individual con soporte informático a las personas residentes en su ámbito territorial que tengan acreditado el derecho a la asistencia sanitaria pública. La validez de la tarjeta sanitaria individual emitida por cualquiera de las Administraciones sanitarias competente será para todo el Sistema Nacional de Salud, y permitirá el acceso al ciudadano a los Centros y servicios sanitarios del sistema, a fin de que le sea provista la asistencia que precise en cualquier punto del territorio.

La Tarjeta Sanitaria Individual (en adelante, TSI) constituye una garantía de igualdad de los ciudadanos/as ante los servicios sanitarios públicos y su soporte es un documento que acredita e identifica al ciudadano/a para el acceso a los servicios y la obtención de las prestaciones sanitarias a las que tenga derecho. Este documento de identificación de los usuarios de los servicios sanitarios públicos se expide a cada ciudadano por su comunidad autónoma.

La implantación de la TSI supone un importante avance organizativo para los servicios públicos de salud. Entre sus finalidades se encuentra la consecución del aprovechamiento eficiente de los recursos sanitarios públicos, así como garantizar la asistencia integral de calidad en condiciones de igualdad. La identificación personalizada de los ciudadanos beneficiarios de los servicios sanitarios públicos puede permitir a la Administración llevar a cabo una ordenación más eficiente de los recursos, e incluso reducir el gasto farmacéutico. La implantación de la TSI también favorece el acceso a la documentación sanitaria y la agilización de trámites administrativos.

La utilización de la TSI también será necesaria para que los ciudadanos tengan acceso a los medicamentos financiados por el sistema público de salud. El profesional farmacéutico debe comprobar la correspondencia entre la receta y la TSI, y en consecuencia, entregará el medicamento al paciente-usuario.

Las farmacias deberán tratar los datos de la TSI de acuerdo con las instrucciones del Colegio Oficial de Farmacéuticos correspondiente, y sólo para las funciones derivadas de la dispensación al paciente-usuario de los medicamentos y productos sanitarios incluidos en la prestación sanitaria pública.

El tratamiento de información de la TSI trae consigo la necesidad de dotar a las oficinas de farmacia de la tecnología necesaria, además de establecer una serie de procedimientos de seguridad que garanticen la privacidad de los datos tratados. Como veremos en el siguiente apartado, la TSI contiene datos de carácter personal. En este contexto es evidente la necesidad de que exista un único sistema de identificación que facilite la búsqueda de la información sanitaria del paciente, con los objetivos de mejorar la atención sanitaria, y garantizar la confidencialidad e integridad de la información.

Tanto la Administración como el resto de profesionales que puedan tener acceso a la información sanitaria, vienen obligados a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, así como en el Reglamento 994/1999, que desarrolla las medidas de seguridad aplicables.

2. LA TARJETA SANITARIA INDIVIDUAL EN LA COMUNIDAD DE MADRID

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, el artículo 34.f) de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de esta Comunidad, atribuye a su Consejería de Sanidad la emisión de la tarjeta sanitaria individual.

A la vista de la normativa estatal anteriormente citada (además de la Constitución Española y Ley General de Sanidad), y una vez asumidas por la Comunidad de Madrid las funciones y servicios que venía realizando el INSALUD en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, la Consejería de Sanidad de dicha Comunidad considera necesario proceder a una regulación más concreta de la tarjeta sanitaria y a determinar el sistema organizativo para su gestión y tramitación.

En el presente trabajo, además de atender al significado y alcance general de la TSI, se expone también el marco normativo de la misma en la Comunidad de Madrid, recientemente aprobado mediante Orden 1285/2006, que supone un desarrollo efectivo de la legislación nacional y autonómica ya existente en esta materia.

La Orden 1285/2006, de 22 de junio, de la Consejería de Sanidad y Consumo, que regula la tarjeta sanitaria individual en el ámbito de la

Comunidad de Madrid se estructura en 10 artículos, 2 disposiciones adicionales, 2 disposiciones transitorias y 2 disposiciones finales. Como indica su artículo 1, tiene como objeto regular el régimen jurídico y el procedimiento de obtención y emisión de la TSI en el ámbito de dicha Comunidad Autónoma.

Esta norma define la tarjeta sanitaria individual como aquel «documento administrativo, emitido por la Consejería de Sanidad y Consumo, que identifica de manera individualizada a los ciudadanos como usuarios del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid y acredita el derecho a las prestaciones sanitarias» (artículo 2).

El documento cuenta con una banda magnética en la que están grabados todos los datos del usuario, y es más manejable y duradera que las antiguas «cartillas». A diferencia de éstas, la TSI es individual, y contiene los siguientes datos:

- a) Identificación de la Administración sanitaria emisora de la tarjeta. En el caso de la Comunidad de Madrid, la TSI es emitida por la Consejería de Sanidad y Consumo.
- b) El nombre y apellidos del titular de la tarjeta.
- c) El código de identificación personal del Sistema Nacional de Salud y código de identificación personal de la Comunidad de Madrid, que constituirá a todos los efectos el código sanitario identificativo de cada ciudadano residente en esta Comunidad. Por medio de este código se reconoce al paciente como beneficiario del sistema de salud público.
- d) La modalidad de la prestación farmacéutica y tipo de asegurado.
- e) Una leyenda que informa de su validez en todo el Sistema Nacional de Salud: «Esta tarjeta le permite el acceso a los servicios de todo el Sistema Nacional de Salud».
- f) La fecha de caducidad de la tarjeta, en su caso.

Los usuarios del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid deberán mostrar su TSI para acceder a cada una de las prestaciones y servicios sanitarios, debiendo presentarse, acompañando a la misma, el documento identificativo de la personalidad de su titular, cuando así sea requerido.

Los ciudadanos que procedan de otras Comunidades Autónomas y que deban ser atendidos en los Centros y servicios dependientes del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid deberán presentar el documento identificativo que les acredite como usuarios del Sistema Nacional de Salud.

3. PROCEDIMIENTO DE OBTENCIÓN DE LA TARJETA SANITARIA INDIVIDUAL EN LA COMUNIDAD DE MADRID

3.1. Solicitud por el interesado y documentación necesaria

Se emitirá la tarjeta sanitaria individual a todas aquellas personas que residan en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid y tengan reconocido el derecho a la asistencia sanitaria por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

El solicitante deberá consignar su petición de la TSI en el Centro de salud que le corresponda por su domicilio o en las Agencias Sanitarias (éstas dependen orgánica y funcionalmente de la Dirección General de Atención al Paciente y Relaciones Institucionales, tal y como dispone el art. 10.4 de la Orden).

Los ciudadanos españoles y de otros Estados miembros de la Unión Europea, así como de otros Estados que formen parte del acuerdo sobre Espacio Económico Europeo deberán aportar una serie de documentos:

- a) Documento Nacional de Identidad, pasaporte o, en su caso, el documento de identidad en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular.
- b) Documento de Afiliación a la Seguridad Social, acompañando el documento de inclusión de beneficiarios, si existieran (debe solicitarse en los Centros de Atención e Información de la Seguridad Social).
- c) el Certificado de Empadronamiento, original y actualizado.

En el caso de los extranjeros no comunitarios, deberán aportar:

- a) El Permiso o Tarjeta de Residencia y/o trabajo del titular.
- b) El Permiso o Tarjeta de Residencia de cada uno de los beneficiarios que hayan sido incluidos.
- c) El Documento de Afiliación a la Seguridad Social y documento de inclusión de beneficiarios (si existieran).
- d) El Volante de Inscripción Municipal de Habitantes.

Los ciudadanos que carezcan de recursos económicos deberán presentar:

- a) Documentos que acrediten la identidad.
- b) la justificación de recursos económicos (fotocopia compulsada de la Declaración de Impuestos sobre la Renta o Certificado de exención o informe del trabajador social).

- c) Certificado de empadronamiento o justificación de la inscripción en el padrón municipal (original y actualizado).
- d) El Documento de afiliación a la Seguridad Social.

En caso de ciudadanos minusválidos, deberán aportar, además, el Certificado de minusvalía de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid.

En lo que se refiere a los extranjeros menores, la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros menores de 18 años que se encuentren en España, aún cuando no tengan establecida legalmente su residencia en España y no estén incluidos dentro de una unidad familiar, debiendo presentar únicamente la Cartilla de Afiliación a la Seguridad Social a efectos de obtención de la TSI.

Por otra parte, las mujeres extranjeras embarazadas, que no tengan establecidas legalmente su residencia, y se encuentren en la Comunidad de Madrid, tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y las seis semanas siguientes al mismo. Deberán presentar donde soliciten la Tarjeta Sanitaria un Informe médico, haciendo constar el embarazo y la fecha probable del parto.

3.2. Tramitación de las solicitudes

La Unidad Administrativa del Centro de Salud donde el solicitante presentó la documentación será la encargada de la recepción de las solicitudes y generará la correspondiente propuesta de alta en el Sistema de Información (artículo 8.1 de la Orden).

Las solicitudes presentadas son remitidas a la Unidad Periférica de Tramitación del Área de Salud de quien dependa cada uno de los centros sanitarios, que verificará la existencia previa del reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria por el organismo competente y, una vez que compruebe que se han aportado los documentos necesarios en cada caso, elevará propuesta de emisión de la tarjeta sanitaria individual, o, en su caso, de denegación.

Una vez validada la propuesta de las Unidades Periféricas de Tramitación, la Dirección General de Atención al Paciente y Relaciones Institucionales emitirá la tarjeta sanitaria, o procederá a denegar la petición de la misma, mediante la correspondiente Resolución debidamente motivada. La tarjeta será remitida al domicilio que el interesado haya consignado en su solicitud, excepto en menores extranjeros, que deberán recogerla personalmente.

Para el caso de las personas que se encuentren sin recursos económicos suficientes, la Unidad Periférica de Tramitación, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos (presentación de documentación necesaria), elevará propuesta al Instituto Nacional de la Seguridad Social para que, en su caso, proceda al reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria.

Una vez reconocido el citado derecho, la Unidad Periférica de Tramitación proseguirá con la valoración de la solicitud por los órganos de tramitación. Si por el contrario el Instituto Nacional de la Seguridad Social dictase Resolución por la que se denegara el derecho a la prestación de la asistencia sanitaria, se procederá al archivo de las actuaciones referentes a la emisión de la TSI.

Hasta que el interesado reciba en su domicilio la TSI, a efectos de acreditación del derecho a la asistencia sanitaria, tendrá validez la copia de la solicitud para la obtención de la citada tarjeta. En dicha solicitud figurará una leyenda que informe de su validez durante un período de tres meses a contar desde la fecha en que fue presentada la mencionada solicitud, excepto en el supuesto de denegación del derecho a la prestación de la asistencia sanitaria (art. 8.4, 2º párr. de la Orden), en cuyo caso el plazo de validez se extinguirá en la fecha en la que se notifique a la Administración Sanitaria (Unidad Periférica de Tramitación) la denegación del derecho a la asistencia sanitaria.

4. CONCESIÓN Y VALIDEZ DE LA TARJETA SANITARIA INDIVIDUAL

Como ya hemos adelantado al comienzo de este trabajo, una vez que la TSI es concedida, tiene validez para todo el Sistema Nacional de Salud, y permitirá que el ciudadano acceda a los Centros sanitarios del sistema público de salud y a las prestaciones sanitarias que le correspondan.

La TSI tendrá un período de validez de diez años, renovándose de forma automática, salvo en el supuesto de que su titular sea mayor de sesenta y cinco años, en cuyo caso, la duración tendrá carácter indefinido.

Al inicio de la actividad laboral siempre tendrá lugar la emisión de una nueva tarjeta sanitaria. También en el caso de producirse variaciones en las circunstancias personales que generen el hecho causal del derecho a la asistencia sanitaria.

Cuando los titulares de la TSI sean trabajadores extranjeros no comunitarios afiliados a la Seguridad Social o beneficiarios de éstos, la validez de la tarjeta sanitaria individual estará en consonancia con

su permiso de residencia. Si éste tuviese carácter indefinido, la TSI tendrá un período de validez de diez años, renovándose también de forma automática.

El plazo de validez de la TSI será de un año en el supuesto de las personas sin recursos suficientes, quedando abierta la posibilidad de efectuarse renovaciones posteriores conforme al contenido de la Orden.

Una vez que transcurran los períodos de validez de la TSI en cada caso concreto, el interesado deberá proceder a su renovación, aportando la documentación anteriormente mencionada, que deberá estar actualizada en la fecha en la que se solicita la renovación de la TSI. Se concede de oficio una prórroga de tres meses, causando baja automática dicha tarjeta, si transcurrido ese plazo el interesado no ha solicitado la misma o no hubiera sido autorizada por circunstancias o causas imputables al interesado.

4. CONSERVACIÓN Y VALIDEZ DE LA TARJETA SARRATINA

La Unidad Administrativa Central de la Agencia Tributaria de la Comunidad Autónoma de Navarra, en el momento de la expedición de la tarjeta, deberá comprobar si el interesado reúne las condiciones para la obtención de la TSI. En caso de no reunir las condiciones, la tarjeta no será expedida. En caso de reunir las condiciones, la tarjeta será expedida. La tarjeta tendrá una validez de un año. Si el interesado no solicita la renovación de la tarjeta antes de que expire, la tarjeta quedará automáticamente anulada. La tarjeta será anulada también en caso de que el interesado sea declarado culpable de un delito de prevaricación o de un delito de calumnias o injurias en la situación del funcionario.

SOLICITUD DE PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN PARA LIQUIDAR LA DEUDA TRIBUTARIA DERIVADA DE UNA DONACIÓN REALIZADA BAJO LA FORMA DE UNA COMPRAVENTA SIMULADA, ASÍ COMO LA POSIBLE CONCURRENCIA DE UN DELITO DE PREVARICACIÓN EN LA SITUACIÓN DEL FUNCIONARIO X Y DE UN POSIBLE DELITO DE CALUMNIAS O INJURIAS EN LA SITUACIÓN DEL FUNCIONARIO.

SELECCIÓN DE DICTÁMENES

Se ha expedido en Navarra una tarjeta Sarratina, por lo que se ha expedido la tarjeta Sarratina para liquidar la deuda tributaria derivada de una donación realizada bajo la forma de una compraventa simulada, así como la posible concurrencia de un delito de prevaricación en la situación del funcionario X y de un posible delito de calumnias o injurias en la situación del funcionario.

Examinados los antecedentes en el momento de la expedición de la tarjeta Sarratina, se ha expedido la tarjeta Sarratina.

INFORME

En el momento de la expedición de la tarjeta Sarratina, se ha expedido la tarjeta Sarratina para liquidar la deuda tributaria derivada de una donación realizada bajo la forma de una compraventa simulada, así como la posible concurrencia de un delito de prevaricación en la situación del funcionario X y de un posible delito de calumnias o injurias en la situación del funcionario.

En el momento de la expedición de la tarjeta Sarratina, se ha expedido la tarjeta Sarratina para liquidar la deuda tributaria derivada de una donación realizada bajo la forma de una compraventa simulada, así como la posible concurrencia de un delito de prevaricación en la situación del funcionario X y de un posible delito de calumnias o injurias en la situación del funcionario.

En el momento de la expedición de la tarjeta Sarratina, se ha expedido la tarjeta Sarratina para liquidar la deuda tributaria derivada de una donación realizada bajo la forma de una compraventa simulada, así como la posible concurrencia de un delito de prevaricación en la situación del funcionario X y de un posible delito de calumnias o injurias en la situación del funcionario.

SOBRE PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN PARA LIQUIDAR LA DEUDA TRIBUTARIA DERIVADA DE UNA DONACIÓN REALIZADA BAJO LA FORMA DE UNA COMPRAVENTA SIMULADA, ASÍ COMO LA POSIBLE CONCURRENCIA DE UN DELITO DE PREVARICACIÓN EN LA ACTUACIÓN DEL FUNCIONARIO X Y DE UN POSIBLE DELITO DE CALUMNIAS O INJURIAS EN LA ACTUACIÓN DEL FUNCIONARIO.

Se ha recibido en esta Dirección General, procedente de la Dirección General de Tributos, una solicitud de informe relativa a la prescripción del derecho de la Administración para liquidar la deuda tributaria derivada de una donación realizada bajo la forma de una compraventa simulada así como la posible concurrencia de un delito de prevaricación en la actuación del funcionario X y de un posible delito de calumnias o injurias en la actuación del contribuyente.

Examinados los antecedentes recibidos, esta Dirección General emite el siguiente

INFORME

I

Para dar una respuesta al objeto del presente informe hay que partir de una exposición, siquiera sea somera, de los hechos que motivan la solicitud de informe.

Con fecha 22 de julio de 1982 y por medio de escritura autorizada por el Notario de XXX con el número 464 de su protocolo, D^o «A» vendió a su hijo «B» un inmueble situado en la calle «C» de Madrid por un precio de 1.530.900 ptas. constando entre la documentación remitida el que fue autoliquidado el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados el 26 de julio de 1982 ante la oficina liquidadora del impuesto de Castuera (Badajoz).

El 12 de julio de 2001 la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20^a) dicta sentencia por la que estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 13 de julio de 1998 del Juzgado de Pri-

mera Instancia nº 62 de Madrid, resolviendo la Audiencia que el contrato de compraventa citado fue objeto de simulación relativa por los apelantes de tal forma que, en realidad, se trató de una donación encubierta sin que la parte apelada tenga derecho alguno a dicho inmueble pese a que en el momento de su adquisición era la esposa en régimen de gananciales del adquirente.

Con fecha 11 de marzo de 2002 el contribuyente presenta ante la Consejería de Hacienda una autoliquidación del impuesto de donaciones en el que hace constar como fecha de devengo de la donación la de la autoliquidación del impuesto de transmisiones (sic) y hace constar en dicha autoliquidación la palabra «prescrito».

Frente a esa autoliquidación la Consejería de Hacienda realizó una liquidación provisional tomando como fecha de devengo la de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, lo que motivó que el contribuyente presentara los escritos que se acompañan a la petición de informe, suscitándose la cuestiones planteadas por el Ilmo. Sr. Director General de Tributos.

II

La primera cuestión planteada exige determinar el nacimiento de la obligación tributaria. Es claro que el nacimiento de la obligación tributaria se produce con la realización del hecho imponible, que el Art. 28 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 definía como el presupuesto de naturaleza jurídica o económica fijado por Ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria (en idénticos términos se pronuncia el Art. 20 de la nueva Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria).

La realización del hecho imponible presenta, dentro de lo que se ha llamado por la doctrina el elemento objetivo del mismo, un aspecto material, esto es, el hecho, acto, negocio, estado o situación que se grava, un aspecto espacial en cuanto el lugar donde se realiza sirve para determinar la normativa aplicable y un aspecto temporal en cuanto determina el instante en que se entiende realizado íntegramente, produciéndose el llamado devengo del tributo, momento en el que se consideran nacidos los elementos jurídicos derivados de la realización del hecho imponible, comenzando a computarse, en su caso, los plazos de declaración, prescripción, etc. y determinando, al mismo tiempo, la normativa aplicable.

En las adquisiciones lucrativas el Texto Refundido de 6 de abril de 1967 del impuesto de sucesiones y donaciones no recogía el momento del devengo, laguna que ha sido subsanada por la Ley 29/87, de 18

de diciembre que, en su Art. 24.2, establece que se devengará el día en que se cause o celebre el acto o contrato, criterio que por otra parte era el que se establecía para las transmisiones onerosas en el Art. 52 del Texto Refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 diciembre. Este criterio se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2003 al atender a la fecha de las escrituras de donación para establecer la normativa aplicable.

En el presente caso se trata de una compraventa realizada entre el contribuyente y su madre que fue liquidada como tal conforme la normativa del impuesto de transmisiones patrimoniales. Dicha compraventa fue objeto de una simulación relativa por las partes del negocio tal y como ha quedado declarado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid citada.

Ahora bien eso no quiere decir que la donación se haya devengado el día que se dictó dicha sentencia, por cuanto la misma tiene un carácter meramente declarativo, sentencias declarativas que como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1998 «...hay que referirlas a aquellas que se limitan a la mera declaración que constata una situación jurídica preexistente a la decisión, dotándola de certeza jurídica, por consecuencia de la resolución judicial». Estas sentencias no son susceptibles de ejecución ex Art. 521 LEC, recordando el Auto de 26 de enero de 2002 de la Audiencia Provincial de Madrid que «En cuanto al fondo, pues, sólo son susceptibles de ejecución -tanto definitiva como condicional (la mal llamada por la LEC 1/2000 «provisional»- las sentencias de condena, esto es, aquellas que contienen, de forma principal, un mandato al condenado para que realice una prestación, sea de hacer, no hacer o de dar, y en este último caso, de entregar cosas genéricas o específicas. No son ejecutables las sentencias declarativas ni las constitutivas (art. 521, 1). Las primeras, porque no incluyen la declaración de un deber incumplido ni de la responsabilidad inherente a la infracción. Las segundas, porque su firmeza produce plenos efectos jurídicos -o al menos los más importantes- de modo inmediato. A no ser, claro está, que la sentencia constitutiva o declarativa contenga, además, algún pronunciamiento de condena. Cuando así ocurra, los pronunciamientos que correspondan a las acciones de condena deben ser ejecutados como si hubiesen sido deducidos de modo independiente, porque son, en realidad, acciones independientes, susceptibles de «diverso» cumplimiento o de diversa ejecución forzosa (art. 521, 3).»

Si aplicamos esta doctrina al presente caso podemos ver que es patente el carácter declarativo de la sentencia de la Audiencia Provin-

cial de Madrid, como resulta tanto de su F.J.^o 4.^o «...procede la estimación del recurso de apelación declarando que la compraventa efectuada mediante escritura (...) fue disimulada, encubriendo una donación y estableciendo la donación como el negocio efectuado y que dicha donación lo fue solo y exclusivamente a favor de D. «B» como único donatario condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración» como del propio fallo.

En suma la sentencia ni crea ni modifica una realidad jurídica sino que simplemente declara que un contrato realizado por las partes bajo la forma de una compraventa lo fue simuladamente ya que las partes encubrían bajo ese negocio oneroso un negocio lucrativo, por tanto una simulación relativa. Como tiene declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 23 de septiembre de 1990, 16 de septiembre de 1991 y 8 de febrero de 1996, la «simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder este a otra finalidad jurídica distinta»; añadiendo en la última de las referidas sentencias que «el concepto jurisprudencial y científico de simulación contractual, que es un vicio de declaración de voluntad de los negocios jurídicos por el cual, ambas partes, de común acuerdo, y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinta de su interno querer».

Como señala la sentencia de 15 de Julio de 2002 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo «La Simulación (relativa) es una suerte de ocultación que se produce generando la apariencia de un negocio ficticio, realmente no querido, que sirve de pantalla para encubrir el efectivamente realizado en violación de la ley. De este modo, lo que distingue a la simulación es la voluntad compartida por quienes contratan de encubrir una determinada realidad (anti)jurídica. Por eso, frente a la simulación, la reacción del ordenamiento sólo puede consistir en traer a primer plano la realidad jurídica ciertamente operativa en el tráfico, para que produzca los efectos legales correspondientes a su perfil real y que los contratantes trataron de eludir».

En suma, la transmisión patrimonial que constituye el hecho imponible del impuesto de sucesiones y donaciones, se produjo como consecuencia del negocio jurídico celebrado con anterioridad y ello con independencia de que se declarara su verdadera naturaleza jurídica en virtud de la sentencia firme de la Audiencia Provincial de Madrid. Dicha sentencia no produce transferencia patrimonial alguna sino que se limita a constatar el verdadero negocio jurídico realizado por las partes en 1982 sobre la base de lo dispuesto en el Art.1276 CC. Aplicando este precepto admiten la validez de las donaciones realizadas bajo la forma de compraventas simuladas las sen-

tencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1999 y 18 de marzo de 2002.

Esto nos conduce a la aplicación del Art. 25 LGT 1963 que (en su redacción original anterior a la Ley 25/1995, de 20 de julio) establecía que el impuesto se exigiría con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible y si consistiere en un acto o negocio jurídico se calificaría conforme su verdadera naturaleza jurídica, cualquiera que fuera la forma elegida o denominación utilizada por los interesados prescindiendo de los defectos intrínsecos o de forma que pudieran afectar a su validez añadiendo que cuando el hecho imponible se delimitare atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendría en cuenta las situaciones y relaciones económicas que, efectivamente, existieren o se establecieron por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilizan.

El Art. 16 de la actual LGT establece que «1. En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes. 2. La existencia de simulación será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios. 3. En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente.»

Es decir, en los casos de simulación relativa, la Administración tiene la facultad y el deber de proceder a su liquidación conforme a su verdadera calificación jurídica y, en su caso, imponer las sanciones que pudieren corresponder, pero esa facultad está lógicamente ligada a los plazos de prescripción de su derecho a liquidar, que en el presente caso prescribió a los cinco años conforme la normativa entonces vigente (aplicación retroactiva del Art. 25 LISD 1987 conforme la D.T.^o 1.^o de dicha norma, así sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1992).

Transcurrido dicho plazo la Administración no puede proceder a la liquidación del negocio jurídico en función de su verdadera naturaleza puesta de manifiesto por la sentencia de la Audiencia Provincial ya que su derecho ha prescrito y la sentencia no reabre el plazo por cuanto, conforme su naturaleza meramente declarativa, no crea ni modifica una realidad jurídica. No crea un negocio jurídico nuevo sino que tan solo altera el nomen iuris del negocio realizado en 1982 declarando su naturaleza de donación como negocio realmente querido por las partes en lugar de la compraventa que simularon.

III

Se plantea en la petición de informe el análisis de la posibilidad de que por el funcionario X se haya incurrido en un delito de prevaricación conforme el Art. 404 del Código Penal.

Esa posibilidad ha sido planteada por el contribuyente en los desabridos escritos que ha presentado ante diversos organismos de la Comunidad de Madrid pero ha de ser descartada por completo.

El Art. 404 CP 1995 al tipificar el delito de prevaricación se refiere a «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en asunto administrativo». El Tribunal Supremo en sentencias como las de 10 de julio de 1998 y 12 de junio de 1998 ha establecido que el citado delito se integra por la concurrencia de los siguientes elementos:

- A) Que una Autoridad o funcionario público dicte en asunto administrativo una resolución, que como dice la Sentencia de esta Sala de 14 noviembre 1995, es cualquier acto administrativo que conlleve una declaración de voluntad afectante al ámbito de los derechos de los administrados (Sentencia de 26 febrero 1992), es decir, cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea expresa o tácita, escrita u oral (Sentencia 346/1994, de 21 febrero).
- B) Que la resolución sea «injusta»; o como dice el vigente Código Penal de 1995 «arbitraria»; es decir, no adecuada a la legalidad, tanto si se trata de actividad reglada como si se trata de una actividad discrecional -desviación de poder- (Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1981). No basta cualquier ilegalidad, sino que según reiterada doctrina de esta Sala tiene que tratarse de «una contradicción con el ordenamiento tan patente y grosera, esperpéntica se ha dicho en otras ocasiones, que puede ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en Derecho» (Sentencias de 10 mayo 1993; 21 febrero, 27 mayo y 10 noviembre 1994; 25 marzo y 20 abril 1995; 14 marzo 1996; 7 febrero, 3 marzo y 23 abril 1997). Concretamente como ha declarado esta Sala en Sentencia de 14 noviembre 1995 la «injusticia» que tal actuación administrativa proclama «puede venir referida en la absoluta falta de competencia del inculpado, en la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento o en el propio

contenido sustancial de la resolución de modo que ésta implique un torcimiento del Derecho (Sentencia de 20 abril 1995). La omisión de los trámites procedimentales o formales, custodia y salvaguarda de las adecuadas garantías y a cuyo través se ha de plasmar necesariamente la resolución de la Autoridad o del funcionario público genera este delito (Sentencias de 25 abril 1988, 17 septiembre 1990, 10 abril y 10 diciembre 1992 y 21 febrero 1994).

- C) Que la resolución se dicte a sabiendas de su injusticia, esto es, con clara conciencia de la arbitrariedad o ilegalidad de la resolución; elemento culpabilístico que no es suficiente con que sea deducido de consideraciones más o menos fundadas sino que se evidencie como elemento subjetivo del tipo más allá de toda duda razonable (Sentencias de 22 septiembre 1993, 3 noviembre 1992, 14 febrero 1994 y 10 julio 1995).

Basta aplicar esa doctrina al presente caso para comprobar la completa ausencia de los elementos integrantes del tipo. La determinación de si el devengo se producía con la sentencia de la Audiencia o permanecía la realización del hecho imponible en la escritura del año 1982 es una cuestión jurídica que admite una discusión técnico-jurídica con lo cual es evidente que no se ha producido ninguna aplicación grosera del ordenamiento jurídico.

En otro orden la prevaricación precisa una voluntad intencionada del funcionario que ha de ser conocedor del carácter antijurídico de su actuación. Nada en este caso permite albergar ni la más mínima duda sobre la ausencia de intencionalidad en la actuación del funcionario X.

En suma por cuanto la cuestión, de puro obvia, no requiere mayor análisis no existe ni el más mínimo indicio de responsabilidad penal alguna en la conducta del funcionario de la Comunidad de Madrid.

A ello hay que sumar que la resolución del recurso de reposición supone la posible corrección del criterio mantenido hasta el momento. En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, analizando el supuesto planteado en un plano estrictamente administrativo, hubiera sido necesario, o al menos conveniente, atendido el carácter dudoso de la cuestión jurídica planteada, haber motivado suficientemente el acto de liquidación provisional, fundamentando jurídicamente la ausencia de prescripción en su caso. Del mismo modo, debería resolverse expresamente el recurso de reposición conteniendo una fundamentación jurídica suficiente en relación con los aspectos planteados por el interesado y en particular, salvo otro criterio, en el sentido que se expresa en la primera parte de este informe.

IV

En cuanto al posible ejercicio de acciones en vía jurisdiccional, debe analizarse la posible exigencia de responsabilidad penal.

Así y respecto a la posibilidad de ejercitar acciones en vía penal por un posible delito de injurias o calumnias hay que señalar que la posible existencia de un delito de calumnias del Art. 205 del Código Penal de 23 noviembre de 1995, requiere, según una reiterada jurisprudencia, que se realice una imputación, es decir, que se atribuya, achaque o cargue a una persona la perpetración de un delito perseguible de oficio, imputación que no debe ser imprecativa sino recaer sobre un hecho concreto y determinado, constituyendo una atribución infundada, circunstanciada y precisa, siendo designada la persona contra la que se dirige la imputación y sin que basten frases ni denominaciones vagas o genéricas, sino que es necesario que se especifique.

En el presente caso los escritos que presenta el contribuyente en un tono bastante lamentable señalan que el funcionario X habría incurrido en un presunto delito de prevaricación señalando que actuará penalmente a esos efectos.

Teniendo en cuenta, que si relacionamos esas expresiones con su contexto de escrito de denuncia, supone el que pierdan gran parte de su posible significación penal para convertirse en una serie de expresiones manifiestamente carentes de buenas formas pero sin relevancia penal ello determina que no parece que se haya cometido el tipo penal de la calumnia.

Otro tanto cabe decir respecto a la posibilidad de un delito de injurias del Art. 208 CP. No parece que la mera alegación de que se actuará ante los tribunales penales suponga una injuria por cuanto se trata de un derecho de todo ciudadano que, dada la presunción de inocencia, no daña el honor de la persona contra quien se pretende actuar.

A todo ello se suma el principio de intervención mínima que preside la aplicación del derecho penal y la corriente doctrinal y jurisprudencial, sentencias del Tribunal Constitucional 107/1988 y 85/1992, que señalan que los funcionarios públicos y los cargos políticos están sometidos a la posibilidad de crítica de los ciudadanos, debiendo soportar en mayor medida que los particulares esas críticas, como de hecho lo demuestra la despenalización del desacato, hace que no pueda considerarse que las afirmaciones vertidas en dichos escritos puedan considerarse que tengan la relevancia suficiente para integrar algún tipo penal, contribuyendo más bien, como recuerda cierta jurisprudencia, a desacreditar a quien las pronuncia.

Por último debe analizarse si procede la interposición de una demanda al amparo de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

El Art. 7.7 de dicha Ley Orgánica considera intromisión ilegítima *«La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación»*.

En este sentido la jurisprudencia civil venía exigiendo para que se produzca la violación del derecho al honor una cierta divulgación, de acuerdo con la redacción del artículo anterior al Código Penal.

Ahora bien, el mismo Art. 7.7 menciona el menoscabo a la *«Propia estimación»* recogiendo así la vertiente interna del derecho al honor que ya había recogido la jurisprudencia.

A este respecto la decisión de si efectivamente se ha producido la vulneración no puede corresponder más que al propio funcionario, que deberá valorar si se ha producido tal lesión y si desea recabar, en su caso, la tutela judicial a este respecto.

Por lo expuesto se pueden formular las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA. La donación declarada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid debe considerarse realizada el día de otorgamiento de la escritura en la que se recogió el negocio simulada por las partes. Por ello el derecho a liquidar dicha donación debe considerarse prescrito.

SEGUNDA. No existe ni el más mínimo indicio de responsabilidad penal en la conducta del funcionario X.

TERCERA. Los escritos presentados por el contribuyente no parece que tengan la entidad necesaria para constituir un presunto delito de calumnias o injurias. Si bien en materia de delitos contra el honor tal apreciación debe corresponder a la persona titular del derecho afectado.

Es cuanto tiene el honor de informar, no obstante V.I. resolverá.

Este informe ha sido elaborado por el Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Carlos Yañez Díaz; y compartido por el informe emitido por la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda.

SOBRE OCUPACIÓN POR PARTE DE «X» DE 445 METROS CUADRADOS DE SUPERFICIE DE LA VÍA PECUARIA «DESCANSADERO DE LOS LLANOS» DEL TÉRMINO MUNICIPAL DE GALAPAGAR.

En relación con su nota interior de 13 de Marzo de 2006, en la que solicita la emisión de **INFORME JURÍDICO** sobre la siguiente **CONSULTA**: *Ocupación por parte de «X» de 445 metros cuadrados de superficie de la Vía pecuaria «Descansadero de los Llanos» del término municipal de Galapagar, se emite, dentro del plazo normativamente previsto, el siguiente:*

INFORME JURÍDICO

I. CUESTIONES JURÍDICAS PREVIAS: CONTENIDO DE LA CONSULTA

La Consulta planteada versa esencialmente sobre la relevancia jurídica de la falta de constancia registral de una Vía Pecuaria, en relación con los titulares registrales de fincas, cuando éstas invaden total o parcialmente la superficie de la Vía Pecuaria, según el Acuerdo administrativo de Deslinde de la misma.

Ello no obstante, la consulta solicita Informe sobre otros aspectos concretos y diversos:

- 1º. *Cuáles son los preceptos y en su caso, los cuerpos legales aplicables a este tipo de supuestos.*
- 2º. *Cuáles son las actuaciones lícitas y legales que el Servicio de Vías Pecuarias podría llevar a cabo en aras de recuperar y conservar la vía pecuaria.*
- 3º. *En caso de que la única actuación posible fuera la tramitación de un expediente de dominio o el que desde los Servicios Jurídicos se entienda más adecuado, cuál es el procedimiento a seguir.* Consideramos en este punto, que la Consulta se refiere a la forma de acceso al Registro de la Propiedad del Acuerdo de Deslinde de la Vía Pecuaria.

Finalmente, se solicita de este Servicio Jurídico *que, en la medida de lo posible, la consulta sea contestada con posibilidad de ser aplicada*

a aquellos casos, cuyos supuestos de hecho y de derecho guarden identidad sustancial con el caso que nos ocupa. En este sentido hemos de advertir que las consideraciones jurídicas que se viertan en el presente Informe serán extrapolables sólo a aquellos supuestos que sean análogos, en tanto en cuanto se aprecie identidad de razón.

Finalmente aludiremos, a efectos puramente ilustrativos, y siguiendo la pretensión general del Informe solicitado, a otro tipo de conflictos jurídicos que pudieran plantearse en el Servicio de Vías Pecuarias: los conflictos jurídicos entre titulares registrales y Vías Pecuarias no deslindadas, ya que el tratamiento jurídico de éstos es diferente al supuesto planteado en la Consulta. La diferencia de tratamiento viene determinada por la inexistencia del Acto de Deslinde.

A continuación, haremos un tratamiento separado de las cuestiones específicas objeto de consulta.

II. NORMATIVA APLICABLE A LOS SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN EL PRESENTE INFORME JURÍDICO

Ya hemos señalado que la Consulta planteada versa sobre la relevancia jurídica de la falta de constancia registral de una Vía Pecuaria, en relación con los titulares registrales de fincas, cuando éstas invaden total o parcialmente la superficie de la Vía Pecuaria, según la extensión y linderos fijados en el Acuerdo administrativo de Deslinde de la misma.

En concreto se nos consulta *cuáles son los preceptos y en su caso, los cuerpos legales aplicables a este tipo de supuestos.*

Desde el punto de vista de la normativa aplicable, debemos diferenciar dos ámbitos distintos, pero interrelacionados.

A. De un lado, el **régimen jurídico administrativo** aplicable a las Vías Pecuarias. En este punto, debemos recordar que, de conformidad con el artículo 149.1.23 de la Constitución Española y el artículo 27.3 del Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 3/1983, de 25 de Febrero), la Comunidad de Madrid tiene competencias de desarrollo legislativo, potestad reglamentaria y ejecución, en el marco de la legislación básica del Estado, en materia de vías pecuarias.

Mediante la Ley de Vías Pecuarias del Estado (Ley 3/1995, de 23 de Marzo) se regularon los aspectos básicos de la regulación jurídica de las vías pecuarias (solo tienen carácter básico los preceptos mencionados en su Disposición Final Tercera).

Dentro del marco de la legislación básica, se dictó la Ley de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid (Ley 8/1998, de 15 de Junio),

incorporando opciones, planteamientos y criterios complementarios, incluso originales (tal y como se señala en el Preámbulo de la misma).

De otro lado, la Ley 8/1999, de 9 de Abril, de adecuación de la normativa de la Comunidad de Madrid a la Ley 4/1999, por la que se modifica la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, establece el plazo máximo de duración y efectos del silencio administrativo en los procedimientos administrativos en materia de vías pecuarias.

Desde otro punto de vista, y teniendo en cuenta el carácter demanial de las vías pecuarias, resultará de aplicación supletoria la Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid (Ley 3/2001, de 21 de Junio), y la legislación básica estatal contemplada en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de Noviembre).

B. De otro lado, habrá que tener en cuenta el **régimen jurídico registral** de las Vías Pecuarias, en cuanto bienes inmuebles de dominio público.

Esta segunda perspectiva emana de un título competencial distinto, pues se trata de Derecho Inmobiliario Registral, y por tanto, es de competencia exclusiva estatal (artículo 149.1.8 de la Constitución). Así, habrá que estar a lo dispuesto en la Ley y el Reglamento Hipotecario, así como a la normativa inserta en la Legislación patrimonial básica administrativa (que también regula aspectos registrales al amparo del citado artículo 149.1.8 de la Constitución).

En este sentido, hemos de tener en cuenta el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, que en su número 6º afirma que en los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán... *los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos.*

La reforma operada por RD 1867/98, de 4 de septiembre, ha dado una nueva regulación a los artículos del Reglamento Hipotecario que desarrollaban esta materia. El artículo 4 del Reglamento, desarrollando lo dispuesto en la Ley, dispone que *«serán inscribibles los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de la persona física o jurídica a que pertenezcan, y, por tanto, los de las Administraciones Públicas y los de las entidades civiles o eclesiásticas».*

Finalmente, y como principal novedad en esta materia, el artículo 36 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de Noviembre), en el que se establece expresamente el principio de obligatoriedad de la inscripción de los bienes de las Administraciones Públicas, ya sean demaniales o patrimoniales. Se

exceptúa el supuesto de inscripción de arrendamientos conforme a la legislación hipotecaria, cuya inscripción es potestativa.

III. ACTUACIONES QUE PODRÍA LLEVAR A CABO EL SERVICIO DE VÍAS PECUARIAS EN ARA A RECUPERAR Y CONSERVAR LAS VÍAS PECUARIAS DESLINDADAS

En este punto nos remitimos al punto 2º del Informe de la Subdirección General de Régimen Jurídico y Desarrollo Normativo, de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica, de 10 de Marzo de 2006.

Simplemente añadir, desde este Servicio Jurídico, que, como se sabe, la recuperación de oficio de los bienes de dominio público no está sujeta a plazo alguno de prescripción (a diferencia de la recuperación de oficio de bienes patrimoniales), y que los titulares de las fincas afectadas por dicha recuperación de oficio no podrán ejercitar Interdictos (acciones posesorias sumarias en los términos de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pues los Jueces Civiles se consideran faltos de Jurisdicción para el conocimiento de este tipo de acciones, cuando se ejercitan contra la Administración.

En relación con este segundo aspecto, debemos hacer la siguiente argumentación: a partir de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de Julio de 1998 y la Ley Orgánica de la misma fecha, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya no deben admitirse Interdictos contra la Administración por los Jueces del Orden Jurisdiccional Civil, sino que tales pretensiones deberán ejercitarse a través del recurso contencioso-administrativo contra las actuaciones materiales de la Administración constitutivas de vía de hecho.

En efecto, dicha Ley no solo prevé expresamente el control directo de las vías de hecho (Artículos 25 y 30), sino que también, y a los efectos que estamos tratando es lo relevante, se prevé asimismo una regulación de la tutela sumaria o cautelar, que hace innecesaria la vía interdictal civil. Esta idea se plasma en la Exposición de Motivos de la citada Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa: *«mediante este recurso se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos o intereses legítimos de cualquier clase. La acción tienen una naturaleza declarativa y de condena y a la vez, en cierto modo, interdictal, a cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con la regulación de las medidas cautelares»*.

Esta doctrina se ha reconocido por numerosas Sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales civiles. Podemos citar la Sentencia de la

Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 8 de Mayo de 1999, Auto de la Audiencia Provincial de Lérida de 6 de Abril de 2000, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de Septiembre de 2000; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 27 de julio de 2000; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 11 de Mayo de 2000; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de Mayo de 2000, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 29 de Enero de 2001; la Sentencia de 2 de Marzo de 2001 de la Audiencia Provincial de León; el Auto de Audiencia Provincial de Burgos de 25 de Abril de 2001; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander de 23 de Julio de 2002, entre otras.

Todas estas resoluciones judiciales declaran la incompetencia del Juez Civil para conocer de los interdictos contra la Administración, y declaran que tal tipo de pretensión se ejercitará ante el Juez Contencioso-Administrativo, a través del correspondiente recurso contra la vía de hecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

IV. FORMA DE ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL ACUERDO DE DESLINDE DE UNA VÍA PECUARIA

El artículo 8.4 de la Ley de Vías Pecuarias del Estado establece que la Resolución de aprobación del deslinde de una vía pecuaria será título suficiente para que la Comunidad Autónoma proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público, cuando lo estime conveniente.

Por otro lado, el artículo 15.4 de la Ley de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid señala que «el deslinde, una vez aprobado, constituye título suficiente para su inscripción registral».

En relación con dichos preceptos hemos de referirnos a dos aspectos.

A. En primer lugar, se reconoce legalmente que el Acuerdo de deslinde de vía pecuaria es título suficiente para inmatricular la misma (nótese que la norma estatal es más precisa que la autonómica, ya que ésta habla de inscripción, mientras que aquella habla de inmatriculación). Sin embargo, nada se aclara en relación con el procedimiento específico de inmatriculación, que debe seguir la Administración titular de la vía pecuaria.

Para resolver dicha incógnita, habrá que partir de las reglas generales en la materia. El concepto de inmatriculación es utilizado en nuestro Derecho para designar el acceso o la entrada de una finca en

el Registro de la Propiedad, el acto por el que se obtiene el punto de arranque del historial jurídico de la finca en el Registro.

Así, el artículo 199 de la Ley Hipotecaria se refiere a la inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna, y el artículo 207 se refiere a las inscripciones de inmatriculación.

Legislativamente, parece que los conceptos de inmatriculación y de primera inscripción son idénticos, puesto que el artículo 7 de la Ley Hipotecaria dispone que *«la primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio y se practicará con arreglo a los procedimientos regulados en el título VI de esta Ley»*.

Los medios de inmatriculación, por su parte, pueden definirse como aquellos procedimientos a través de los cuales se consigue el acceso de las fincas al Registro de la Propiedad.

Su inmatriculación y la primera inscripción de dominio se encuentran previstos con carácter general en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, que señala que *«la inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna se practicará: a) mediante expediente de dominio; b) mediante el título público de adquisición, complementado por acta de notoriedad cuando no se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo del transmitente o enajenante; y c) mediante el certificado a que se refiere el artículo 206 sólo en los casos que en el mismo se indican»*.

La duda que en este punto surge, sería la determinación de cuál de estos procedimientos de inmatriculación tendría que seguir la Comunidad de Madrid, en los supuestos objeto de Consulta. Esta duda se resuelve en la actualidad a través del artículo 53.2 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que se expresa en los siguientes términos:

«En todo caso, la resolución aprobatoria del deslinde será título suficiente para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes siempre que contenga los demás extremos exigidos por el artículo 206 de la Ley Hipotecaria».

En consecuencia, debemos concluir que el procedimiento de inmatriculación a seguir en estos supuestos sería la presentación del Acuerdo aprobatorio del Deslinde, con los requisitos previstos en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria.

Por otro lado, debemos aclarar que el citado artículo 53.2 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, es de aplicación a las Comunidades Autónomas, al constituir competencia exclusiva estatal, tal y como se reconoce en la Disposición Final Segunda, punto 2 de la citada Ley de Patrimonio.

B. El segundo de los aspectos a los que nos tenemos que referir es el relativo a la obligatoriedad del acceso de las Vías Pecuarias al Registro de la Propiedad.

En este sentido, tenemos que recordar que en la actualidad, y a partir de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, se establece expresamente el principio de obligatoriedad de la inscripción de los bienes de las Administraciones Públicas, ya sean demaniales o patrimoniales (artículo 36.1).

Este artículo 36.1 constituye legislación básica, al amparo de lo dispuesto en la Disposición Final Segunda, punto 5 de la Ley de Patrimonio, por lo que resulta también de aplicación en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

Asimismo, la Disposición Transitoria Quinta de la citada Ley de Patrimonio establece un plazo de cinco años para el cumplimiento de la obligación de acceso al Registro de los bienes de dominio público. Dicha Disposición Transitoria se expresa en los siguientes términos:

«Para el cumplimiento de la obligación de inscripción establecida en el artículo 36 de esta Ley respecto de los bienes demaniales de los que las Administraciones públicas sean actualmente titulares, éstas tendrán un plazo de cinco años, contados a partir de la entrada en vigor de esta Ley».

Así las cosas, se ha pasado de un sistema en el que el acceso al Registro de la Propiedad de los bienes demaniales era prohibido o innecesario (existiendo Doctrina y Jurisprudencia a favor de las más diversas soluciones), a un sistema en el que dicho acceso al Registro es obligatorio.

Sin embargo, dicha obligatoriedad debe entenderse dentro de lo que la Doctrina especializada denomina Inscripciones simplemente obligatorias. Es decir, aquellas que son impuestas por imperativo legal (en este caso, impuesta por la Ley de Patrimonio), pero sin que la falta de ésta determine su ineficacia real. La falta de inscripción, cuando esta es obligatoria, tan solo determinará la responsabilidad de aquel que, estando obligado a instar la inscripción, no hubiera cumplido tal obligación.

Como en los supuestos contemplados, la obligación pesa sobre las diversas Administraciones Públicas, la consecuencia del incumplimiento de dicha obligación podría determinar el nacimiento de responsabilidad patrimonial, siempre que se hubieran producido daños a los titulares registrales, y siempre que se cumplan los demás requisitos generales, que se prevén en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de su repetición en el funcionario o personal responsable de suscitar el acceso al Registro de la Vía Pecuaria cuestionada.

V. CONFLICTOS JURÍDICOS ENTRE TITULARES REGISTRALES Y VÍAS PECUARIAS DESLINDADAS, QUE NO HAN TENIDO ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En este epígrafe debemos dilucidar la relevancia jurídica de la falta de constancia registral de una Vía Pecuaría deslindada, en relación con los titulares registrales de fincas, cuando éstas invaden total o parcialmente la superficie de la Vía Pecuaría, según la extensión y linderos fijados en el Acuerdo administrativo de Deslinde de la misma.

O lo que es lo mismo, si tales titulares registrales se benefician de los principios de legitimación y fe pública registral, de conformidad con los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria.

La resolución jurídica de tales conflictos debe pasar por la condición demanial de las vías pecuarias, en tanto en cuanto, la Jurisprudencia ha señalado en reiteradas ocasiones que el principio de legitimación y fe pública registral no es operativo en relación con los bienes de dominio público. Es ésta la interpretación que debe darse al inciso final del artículo 8.3 de la Ley de Vías Pecuarias del Estado (*el deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad demanial a favor de la Comunidad Autónoma, dando lugar al amojonamiento y sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados*).

La ratio de tal afirmación es que la falta de constancia en el Registro de la Propiedad o en los títulos de Propiedad no implican la inexistencia de la Vía Pecuaría, puesto que ello equivaldría a considerar a la Vía Pecuaría como una carga o gravamen, lo cual no es así. *La Vía Pecuaría es una finca distinta; es un bien demanial distinto de las fincas entre las que discurre y por tanto, su falta de inscripción no puede beneficiar, como en el caso de la servidumbre, al tercero hipotecario* (Fundamento de Derecho Séptimo in fine de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de Junio de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Novena).

En este sentido podemos traer a colación las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de Noviembre de 1995, de 21 de Marzo de 1979, de 8 de Mayo de 1965, la Sentencia de 19 de Mayo de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo contencioso-Administrativo, Sección Primera), o la ya citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de Junio de 2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Novena).

Por otro lado, tampoco podemos olvidar que los Actos de Deslinde son objeto de publicidad administrativa.

VI. OTROS CONFLICTOS JURÍDICOS: ENTRE TITULARES REGISTRALES Y VÍAS PECUARIAS NO DESLINDADAS

En el presente epígrafe nos referimos a posibles conflictos jurídicos, distintos de los expuestos en el epígrafe anterior. La nota diferencial se haya en la presencia o ausencia del Acto de Deslinde. En los conflictos ahora tratados concurrirían titulares registrales con Vías Pecuarias no deslindadas, aunque sí clasificadas.

Esta nota diferencial determina, según la Jurisprudencia, un tratamiento jurídico diverso en lo relativo a la relevancia de los principios de legitimación y fe pública, respecto de los titulares registrales.

Como sabemos, a través del Acuerdo de Clasificación se determina, con carácter declarativo, la existencia, anchura, trazado y demás características físicas generales de cada vía pecuaría (artículo 7 de la Ley de Vías Pecuarias de 23 de Marzo de 1995, como normativa básica en la materia, y artículo 13 de la citada Ley de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid).

El Acto de Deslinde, por su parte, es un acto que tiene por contenido la definición de los límites de las Vías Pecuarias previamente clasificadas (Artículo 15.1 de la Ley de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid y artículo 8.1 de Ley estatal de Vías Pecuarias). La definición de tales límites se realizará de conformidad con lo establecido en el Acuerdo de Clasificación.

Asimismo, el Acto de Deslinde tiene un efecto legal inmediato, una vez se aprueba. Dicho efecto legal es la declaración de la posesión y la titularidad demanial a favor de la Comunidad Autónoma, dando lugar al amojonamiento y sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados (artículo 8.3 de la Ley estatal de Vías Pecuarias).

Por tanto, podemos afirmar que el Acto de Clasificación define genéricamente el itinerario o trazado de la vía pecuaría, pero es el Acto de Deslinde el que define concreta y específicamente los límites de la misma respecto de las propiedades contiguas, debiendo hacerse ésta de conformidad con lo establecido en el propio Acuerdo de Clasificación.

Partiendo de estas premisas (la concurrencia exclusiva del Acuerdo de Clasificación e inexistencia de Acto de Deslinde), debemos tener en cuenta la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los siguientes aspectos:

- Las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 21 de Julio de 1986 y 19 de Enero de 1987 establecen la siguiente doctrina: el acto de deslinde es una ope-

ración jurídica indispensable para predeterminar el situado de la vía pecuaria en la realidad física. (El Fundamento de Derecho Tercero de la segunda de las Sentencias citadas se expresa en los siguientes términos: *en el supuesto contemplado falta el deslinde... y por el contrario existen actos de uso de los terrenos contrarios a la afectación, basados en títulos inscritos, lo cual patentiza la dificultad en que nos encontramos para poder afirmar la ocupación material del bien demanial en los términos del expediente, en el que falta la delimitación de la vía o su perímetro en la realidad, por lo que el deslinde parece manifestarse como operación jurídica-técnica indispensable para predeterminar el situado de la vía pecuaria en la realizada y poder apreciar, en consecuencia, el alcance de la ocupación o invasión denunciada*).

— También debe traerse a colación la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de Abril de 1985, que señala que el Acto de Clasificación determina la existencia de la vía pecuaria, es un acto preparatorio del acto de deslinde, *pero solamente a través de éste (del acto de deslinde) queda fijada la situación, anchura, lados concretos y perímetro exacto de la vía pecuaria y solamente cuando estos presupuestos de hecho han quedado determinados de manera firme, puede conocerse el alcance real de la invasión que se estima cometida... Antes de practicarse el deslinde existe una situación territorialmente indefinida*.

Dicho lo anterior, debemos ahora señalar que la Jurisprudencia considera, que en estos casos (existencia de Acuerdo de Clasificación e inexistencia de Acto de Deslinde) sí entran en juego los principios de legitimación y fe registral, aunque con las cautelas y precisiones señalados por la propia Jurisprudencia.

Dicho de otro modo, si se iniciara el procedimiento de deslinde por parte de la Administración de la Comunidad de Madrid, ésta deberá observar y cumplir la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia. (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de Octubre de 2004, 27 de Mayo de 2003, 7 de Febrero de 1996, 3 de Marzo de 1994, 5 de noviembre de 1990).

Dicha doctrina establece que la potestad de deslinde está sujeta a determinados límites: el privilegio que supone la potestad pública de llevar a cabo el deslinde ha de llevarse a cabo con el debido respeto a los hechos que ofrecen una apariencia sólida de pacífica posesión amparada en un título dominical, por lo que cuando dicha apariencia existe la Administración no puede perturbar la situación posesoria si no es acudiendo previamente a un juicio reivindicatorio. En particu-

lar, la Administración no puede olvidar al practicar el deslinde el respeto de situaciones que ofrecen apariencia suficientemente sólida de pacífica posesión amparada por un título registral que merece la protección derivada del principio registral de legitimación, ni es lícito que por medio del deslinde se enmascare el ejercicio de una auténtica acción reivindicatoria.

Asimismo la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1984 es todavía más expresiva que las anteriormente citadas, y así dice que *el formal reconocimiento por la propia Administración de la falta de certeza sobre la concreta y determinada localización de la vía pecuaria, y consecuentemente, de la duda acerca de la intrusión achacada al interesado ...constituye por sí solo factor excluyente de la legalidad del acto administrativo, y se añaden además otros argumentos como la virtualidad insita en la institución del Registro de la Propiedad, la operatividad del principio general de buena fe y otros diversos y variados factores, que exigen insoslayablemente el análisis minucioso de los hechos y situaciones en presencia y una fina aplicación de los criterios jurídicos, de suerte que se logre evitar la proclive tendencia a hipertrofiar indebidamente la mera atribución de la condición demanial con el consiguiente desdén a títulos jurídicos privados de dominio fundados en Derecho*.

Es cuanto tiene a bien informar,

Este informe ha sido elaborado por el Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Fernando Luque Regueiro.

N.º LEY	FECHA	TÍTULO	ASUNTO
22/2006	21 DE JUNIO	ORDEN	DE SUPLENCIÓN DEL CURSO DE SUBVENCIONES DE LA COMUNIDAD DE MADRID
17/2006	21 DE JUNIO	CONSEJO Y ORDEN	DE PRESUPUESTAS GENERALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA 2007
16/2006	20 DE JUNIO	PRELUDIO	DE MEDIDAS FISCALES Y ADMINISTRATIVAS

LEYES Y DECRETOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID. TERCER Y CUARTO TRIMESTRE 2006

N.º LEY	FECHA	TÍTULO	ASUNTO
15/2006	20 DE JUNIO	ORDEN	DE APROBACIÓN DEL PLAN DE SEGURIDAD DE LA LEY POR LA QUE SE REGULAN LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN, EDUCACIÓN EN RIESGOS Y SARVAMENTOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º DECRETO	FECHA	TÍTULO	CONSEJERÍA	ASUNTO
14/2006	16 DE JUNIO	ORDEN	ENCUENTA	DE APROBACIÓN DEL REGAMENTO DE CAJAS DE JUROS EN LA COMUNIDAD DE MADRID
13/2006	15 DE JUNIO	ORDEN	JUSTICIA E INTERIOR	DE APROBACIÓN DEL PLAN DE PROTECCIÓN CIVIL DE EMERGENCIA POR INCENDIOS FORESTALES EN LA COMUNIDAD DE MADRID (ORDEN)

N.º LEY	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO
2/2006	21/06/2006	14/07/2006	DE SUPRESIÓN DEL CONSEJO AUDIOVISUAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID
3/2006	22/12/2006	29/12/2006 CORRECC. ERRORES 19/01/2007	DE PRESUPUESTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA 2007
4/2006	22/12/2006	29/12/2006 CORRECC. ERRORES 29/01/2007	DE MEDIDAS FISCALES Y ADMINISTRATIVAS

N.º DECRETO LEGISLATIVO	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO
1/2006	28/09/2006	27/10/2006	SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY POR LA QUE SE REGULAN LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN, EXTINCIÓN DE INCENDIOS Y SALVAMENTOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
58/2006	06/07/2006	28/07/2006	HACIENDA	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE CASINOS DE JUEGO EN LA COMUNIDAD DE MADRID
59/2006	20/07/2006	21/07/2006	JUSTICIA E INTERIOR	SE APRUEBA EL PLAN DE PROTECCIÓN CIVIL DE EMERGENCIA POR INCENDIOS FORESTALES EN LA COMUNIDAD DE MADRID (INFOMA)

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
60/2006	20/07/2006	21/07/2006	EDUCACIÓN	SE FIJAN LOS PRECIOS PÚBLICOS POR ESTUDIOS UNIVERSITARIOS CONDUCENTES A TÍTULOS OFICIALES Y SERVICIOS DE NATURALEZA ACADÉMICA EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DE MADRID PARA EL CURSO ACADÉMICO 2006/2007
63/2006	20/07/2006	24/07/2006	FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES	SE MODIFICA EL DECRETO 126/2004, DE 29 DE JULIO, POR EL QUE SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES
66/2006	02/08/2006	04/08/2006	VICEPRESI. PRIMERA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	SE CREA EL CENTRO REGIONAL DE ENSEÑANZAS INTEGRADAS «SAGRADO CORAZÓN DE JESÚS»
75/2006	21/09/2006	29/09/2006, Corrección de Errores 04/10/2006	VICEPRESI. PRIMERA PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	SE REGULA EL CONTROL DE LAS BUENAS CONDICIONES AGRARIAS Y MEDIOAMBIENTALES DE LAS AYUDAS DIRECTAS EN EL MARCO DE LA POLÍTICA AGRÍCOLA COMÚN EN LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
76/2006	21/09/2006	29/09/2006	Corrección de Errores 04/10/2006	VICEPRESI. PRIMERA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO SE REGULA EL ORGANISMO PAGADOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID DE LOS GASTOS FINANCIADOS POR LOS FONDOS EUROPEOS AGRÍCOLAS
77/2006	28/09/2006	10/10/2006	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA	SE MODIFICA LA ORDENACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS DE LA COMUNIDAD DE MADRID
81/2006	19/10/2006	08/11/2006	EMPLEO Y MUJER	SE CREA EL OBSERVATORIO PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID
84/2006	26/10/2006	08/11/2006	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA	SE MODIFICA EL DECRETO 47/1996, DE 28 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULA LA HABILITACIÓN Y ACTIVIDAD DE GUÍA DE TURISMO EN LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
91/2006	02/11/2006	21/12/2006	VICEPRESI. PRIMERA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	SE ESTABLECE LA «ORDEN DEL DOS DE MAYO» DE LA COMUNIDAD DE MADRID Y SE REGULAN LOS CORRESPONDIENTES HONORES Y DISTINCIONES
92/2006	02/11/2006	06/11/2006	VICEPRESI. PRIMERA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	SE MODIFICA LA REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES MATERIALES Y AQUELLOS OTROS ASPECTOS NECESARIOS PARA LA CELEBRACIÓN DE ELECCIONES A LA ASAMBLEA DE MADRID
93/2006	02/11/2006	07/11/2006	SANIDAD Y CONSUMO	DE DESARROLLO Y EJECUCIÓN DE LA LEY 28/2005, DE 26 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS SANITARIAS FRENTE AL TABAQUISMO Y REGULADORA DE LA VENTA, EL SUMINISTRO, EL CONSUMO Y LA PUBLICIDAD DE LOS PRODUCTOS DEL TABACO EN LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
94/2006	08/11/2006	10/11/2006	VICEPRESI. PRIMERA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	DE UTILIZACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LAS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID POR MEDIOS ELECTRÓNICOS, INFORMÁTICOS Y TELEMÁTICOS
97/2006	08/11/2006	10/11/2006	SANIDAD Y CONSUMO	SE MODIFICA LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE SANIDAD Y CONSUMO
106/2006	30/11/2006	18/12/2006 CORRECCIÓN ERRORES 23/01/2007	HACIENDA	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE APUESTAS EN LA COMUNIDAD DE MADRID

NOTES

[Lined area for notes]

[Faint, illegible text on the right page]

