



SALA DE TOGAS



BOLETIN INFORMATIVO DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ALMERIA

Nº 18 - MAYO - 1993

Escuela de práctica jurídica

SUMARIO

Págs.	
3-4-5	Galería
6-7-8-9-10	Posesión, interdicto de recobrar y nuda propiedad.
11-12-13-14	El silencio de la Administración.
15-16-17	Aproximación a la palabra poética.
18-19-20-21	Entrevista.
22	El sujeto pasivo en el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana.
23-24-25-26	Jurisprudencia: (Notas y comentarios sobre resoluciones civiles de la Audiencia Provincial de Almería. Sobre la liquidez de las reclamaciones bancarias.
27-28-29-30-	
31-32-33	Noticias
34-35-36-37-	
38	Reflexiones sobre la protección actual de los aprovechamientos privados de aguas.



Un alto entre clase

GALERIA

Emilio ESTEBAN HANZA



La obediencia y la disciplina están en baja. Por eso me cuesta ejercitarlas cuando el Director de Sala de Togas me solicita, en turno, mi aportación biográfica para «Galería». En vano, para eludirlo, esgrimo argumentos de tanto peso como pertenecer al Consejo de redacción y aportar para casi todos los números —y supongo que en éste también aparecerá, para más INRI— algún trabajo jurídico, lo que representaría una duplicidad de intervención.

En fin, me someto disciplinadamente a la inexorabilidad de una norma adoptada en el Consejo pleno, y castigo a los lectores con algo vulgar.

VIDA JURIDICA FAMILIAR

La verdad es que toda mi vida está impregnada por el Derecho y parece que ha irradiado al entorno familiar pues el matrimonio y tres de mis cuatro hijos somos juristas. Para mí fueron muy emotivos los actos de jura de letrados en nuestra antigua sede colegial en los que apadriné a mi mujer y a mis hijos.

Puedo contar la satisfacción de las tertulias familiares de sobremesa comentando teoría o práctica de derecho dos abogados en ejercicio —el matrimonio—, un notario, una opositora de judicatura y un estudiante de leyes. El único no jurista, Carlos, sanitario, discretamente se aleja cuando hay «fregado jurídico» y nos obsequia con música de alto volumen para avisarnos del «abuso familiar».

LA SALLE

Inicié mis estudios en el Colegio La Salle, con un buen número de almerienses y granadinos que guardamos estrecha amistad y aún celebramos algunos aniversarios de aquellos gratos y a veces impactantes tiempos. Muchos coincidimos después en la abogacía: Braulio Moreno, Gabriel Cuenca, Joaquín Monterreal, Sánchez Pelayo, Rafael Lao, Molina Santisteban y otros.

LA FACULTAD

La carrera de Derecho la cursé en la Facultad de Granada conservando el recuerdo de dos grandes maestros que influyeron en mi formación: Sánchez Agesta y Ossorio Morales; con ambos mantuve alguna relación posterior y no sólo me legaron conocimientos jurídicos sino un talante y estilo de vida y trabajo, de esquemas intelectuales y, sobre todo, de profundo humanismo.

Si he de completar la lista de juristas universitarios influyentes, señalo a Alvarez de Cienfuegos, gran economista y al Profesor Motos Guirao, quien mucho después, poco antes de su fallecimiento, nos visitaba a los almerienses con el equipo de profesores de su Departamento de Mercantil, en unas brillantes Jornadas organizadas por nuestro Colegio de Abogados, explicando y debatiendo la, a la sazón, reciente ley de la letra de cambio y el cheque.

Compañeros de curso fueron en aquella época Francisco Sillero (de buen recuerdo posterior en la judicatura almeriense), Fernández Ballesta, Hernández Gil, Carlos Tarín y Domingo Loren, que hoy ejercen sus funciones en distintos Tribunales españoles.

MI JURA Y ALGUNAS SUGERENCIAS

Me incorporé al Colegio almeriense en Agosto de 1957 siendo digno de destacar que transcurrieron casi dos años hasta la incorporación del siguiente Letrado que lo fue mi gran amigo Simón Venzal. Una notable diferencia con la hora actual en que cada mes superan la media docena los profesionales que se consagran al arduo trabajo de la abogacía. Esta plétora de ejercientes hace ahora más competitiva y difícil la tarea de los que llegan, y me aflige constatar el enorme esfuerzo de los noveles para abrirse paso.

Aprovecho para pedirles trabajo, sa-

DIRIGE:

Jesús Ruiz Esteban

CONSEJO DE REDACCION:

Ramón Muñoz Sánchez, decano
Gabriel Alcoba Salmerón, tesorero
Jesús Ruiz Esteban, colegiado
Emilio Esteban Hanza, colegiado
Fausto Romero-Miura Giménez,
Diputado Primero
José Fernández Revuelta, colegiado
Juan Blas Martínez Sánchez, colegiado

DISEÑO ESCUDO:

José María Molina

EDITA:

Ilustre Colegio Provincial
de Abogados de Almería
Alvarez de Castro, 25 - Bajos
Telf. (951) 23 71 04
04002 ALMERIA

FOTOCOMPOSICION E IMPRESION:

Artes Gráficas ALED
(Almería de Ediciones, S.A.)
Mármoles, 25
04006 ALMERIA

DEPOSITO LEGAL:

AL - 297 - 1988

El Consejo de Redacción no se responsabiliza de la opinión vertida en los artículos firmados por sus autores.

crificio y tesón —y mucha honradez, por supuesto—; sólo así podrán desenvolverse en tan adversa coyuntura profesional y no caer en el desánimo.

MI PADRINO Y ACTIVIDADES COLEGIALES

Mi padrino y maestro en la pasantía fue Juan Pérez y Pérez, un jurista cabal a quien el Colegio de Abogados y los almerienses hemos rendido tributo con la petición y concesión de la Cruz de San Raimundo y el rótulo de una calle, precisamente la que circunda el Palacio de Justicia donde Juan vivió los momentos más sentidos y vibrantes de su vida.

Es más interesante hablar de él que de mí mismo y aprovecho para contar algunas actividades comunes.

Con Juan Pérez, como líder, nos reuníamos periódicamente un grupo de universitarios en una pensión granadina —La «Amalio»— para debatir con inquietud e ilusión temas jurídicos, sociales y políticos.

Presentando Candidatura con él y otros colegas de criterios similares fuimos designados miembros de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados almeriense en dos etapas, creo que de cinco años cada una.

Capitaneados por Artero y con otros quince almerienses, tras largas reuniones nocturnas de inquietud y búsqueda cultural, mi maestro Juan y yo participábamos en la firma del acta fundacional del Ateneo de Almería el día 17-07-74. No debo silenciar el número mayoritario de abogados o licenciados en derecho allí presentes en aquellos primeros pasos: Angel Gómez, Torres Rollón, Fausto Romero, Abelardo Campa, Fernández Revuelta, Guillermo Berjón, García Góngora, Pérez Siquier y Cristóbal Peregrín, además de nosotros dos. Sería una descortesía en esta ocasión omitir los nombres de los otros siete socios fundadores no juristas que fueron Dionisio Godoy, Antonio López Ruiz, Concepción Zorita, Raimundo Castro, Pepe Martínez Oña, Francisco Rueda y el primer Presidente José M.^a Artero.

En el Ateneo me asignaron la Vocaría de Derecho y dimos nosotros mismos las primeras conferencias. Después vinieron figuras de la élite nacional. Me ha parecido apreciar que en alguna oca-

sión, posteriormente, pudo haber un cierto desvío de la pristina naturaleza y espíritu fundacional del Ateneo, utilizándose también como plataforma política.

EL COLEGIO PROFESIONAL

Presidiendo la Junta de Gobierno el inolvidable don Rogelio Pérez Burgos integré la corta Comisión que elaboró —tras un acuerdo muy debatido en Asamblea General sobre la conveniencia o no de implantación de Normas de Honorarios— las primeras Normas de honorarios Profesionales.

También esta Junta presidida por don Rogelio tuvo una reunión muy tensa ante un Sr. Magistrado en formulación de queja y reivindicación de lo que estimábamos eran derechos irrenunciables de los colegiados, que finalmente fue atendida sin paliativos.

En aquella lejana etapa organizamos los Jueves Jurídicos que volvimos a revitalizar hace unos años con el actual Decano y penúltima Junta de Gobierno; potenciándolos a través de un Convenio celebrado entre nuestro Colegio almeriense y la Facultad de Derecho de Granada, que permitió la programación de conferencias con venida de su cuadro de profesores; y, finalmente la concesión a nuestro Colegio de Abogados de la Medalla de la Facultad de Derecho de Granada, que se rubricó en un solemnisimo acto celebrado en el Paraninfo universitario y que comenté en una reseña publicada en Sala de Togas.

ULTIMAS REFERENCIAS JURIDICAS

COMISION DE NORMAS, SERDIRRUR, ACADEMIA, CAJA RURAL, UNED Y PUBLICACIONES.

Completando mis dedicaciones profesionales aludiré a mi integración en la Comisión de Leyes y normas de la Unión Nacional de Cooperativas; grupo de trabajo que preparaba sugerencias, dictámenes y cortas enmiendas a los proyectos de normativa que afectaban a este sector; mandándose los trabajos elaborados, en muchos casos, a la cúpula de la Administración y grupos parlamentarios, con diversa suerte, pero con la satisfacción de acogida total o parcial en algunos concretos supuestos.

Desde hace tres o cuatro años trabajo como Vocal en SERDIRRUR, Servicio o Tribunal nacional de arbitraje, dependiente del Consejo Superior Bancario, que dirige conflictos entre Bancos, Cajas de Ahorro y Cajas Rurales. Ha sido de las experiencias más positivas, pues llegué con bastantes lagunas en el conocimiento de los usos bancarios y profusas circulares dictadas en continua evolución, y aprendí algo de los veteranos vocales compañeros expertos y de alta preparación jurídico mercantil.

Hoy también me asesoran en mis dudas, sobre derecho civil mi hijo Emilio y en temática penal mi hija Carmen, «pagando» —como yo les digo cuando abuso— el tributo a mi antiguo magisterio cuando eran ellos neófitos juristas.

En esta última etapa llevo compartiendo el trabajo profesional con mi mujer, quien, tras incorporarse, ha dado un nuevo sesgo al despacho, con una organización y orden para mi modélicos, lo que, independientemente de su rendimiento como abogada, significa un alivio y superación en mis arcaicos métodos organizativos.

No debo silenciar —siquiera sea por agradecimiento— mi larga estancia en la Caja Rural de Almería como Asesor Jurídico interno y externo, donde entré de la mano del fundador Juan del Aguila y del primer Presidente Jesús Durbán, y con algunos más incorporados, en equipo, éramos propulsores ilusionados en la potenciación y divulgación de la entidad crediticia y del cooperativismo en la capital y provincia. Tengo aquí grandes amigos. Ultimamente compartí la Asesoría con el excelente compañero Juan Hernández Sanjuan.

Si he de ser sincero, en los últimos años de mi singladura jurídica, representó para mí una satisfacción no pequeña cuando me comunicaron la designación que se me hizo —sin excesivos merecimientos, desde luego— como académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada.

He tenido una corta actividad docente explicando Derecho durante un Curso en la UNED y en la actualidad participo en la Escuela de Prácticas Jurídicas.

En la profesión fui un abogado más de Almería; eso sí, procurando no ha-

ber tenido enfrentamiento personal con ningún compañero y ello, en la singular función de «rivalidad procesal» que entraña nuestra profesión, en treinta y cinco años, no es mal récord.

Y esa es toda mi vida jurídica, salpicada con alguna que otra publicación de esta naturaleza en Tapia, Revista General de Derecho y la nuestra, Sala de Togas.

Si yo fuera joven, con un poco de auto-disculpa, hasta me parecería una vida profesional pasable; pero en 35



años de ejercicio es obvio que hubo tiempo y oportunidades para una andadura mucho más rica y fructífera y menos raquítica. Pienso que cada uno tenemos un tiempo marcado para hacer cosas y rendiremos cuentas de nuestras muchas omisiones. Aunque indudablemente Dios es infinitamente generoso con nuestras lagunas y miserias.

OTROS HOBBIES

De todos modos —y para reflejar, algo impudicamente, la biografía que se me pide en todos los campos— señalo que las dos aficiones que compartían mi vida jurídica fueron Pastoral Familiar y el Deporte. En la primera, con otros amigos que me estimulaban con su ejemplo y mayor entrega, estudié y viví —y aún sigo— la tarea apasionante del asesoramiento de parejas de novios, y matrimonios en crisis; ello durante más de veinticinco años. No omitiré unos cuantos nombres que me espolearon y con los que me siento identificado: Ernesto Chacón, Eduardo Navarro, Gabriel Calvo, Azpitarte, Echarren y Buxarraiz.

En cuanto al Deporte, señalo nombres de almerienses que me enseñaron: Emilio Campra, en atletismo, me permitió asistir a los campeonatos nacionales de Torrelavega y Burgos. Pepe Flores, jugador de fútbol de la Duarín y Motoaznar, fue el entrenador de nuestro equipo «El Constancia» que ganó la liga de 2.^a regional el año 1948; y con

el Niño Rafael, Nache y Urrea, aprendí y jugué torneos de balonmano (a once jugadores y en canchas de fútbol) y de baloncesto.

Hoy, sexagenario, solo me permito pequeñas dosis de tenis y golf, y seguir mi afición deportiva leyendo MARCA y escuchando a Olga Viza y María Escario retransmitiendo los grandes acontecimientos del deporte nacional e internacional.

También me recreo, en mirada retrospectiva, contemplando mi «cuarto de deportes» donde tengo una aceptable colección de fotografías deportivas y algunos trofeos. En los cuadros se refleja una parcela de historia de muchos deportistas almerienses y nacionales. Los trofeos son en buena medida de familiares míos también deportistas, y unos pocos obtenidos por mí, casi siempre por circunstancias coyunturales de ausencia de los auténticos campeones de la especialidad. En fin, de recuerdos también se vive y se disfruta, especialmente con amigos que vivieron contigo esas entretenidas actividades.

He terminado, constato que con tanta extensión como un artículo jurídico, pero prefiero evitar relecturas, supresiones y retoques, máxime cuando la Dirección me conmina de urgente entrega. Por eso hablé al principio de obediencia y disciplina.

A vosotros, un ruego: sed indulgentes.



POSESION, INTERDICTO DE RECOBRAR Y NUDA PROPIEDAD

José Damián TELLEZ DE PERALTA

La lectura de una sentencia en la revista «Actualidad Civil» en la separata correspondiente al N.º 2, de Febrero de 1992, (Audiencias), me ha suscitado algunas dudas y reflexiones, como a cualquier interesado en la cuestión.

La sentencia es de la A.P. de Burgos, (sección 3.ª) de 14 de Octubre de 1991. El tema versa sobre interdicto de recobrar la posesión. Legitimación activa. Nudo propietario. Carece de ella cuando acciona por sí mismo y no en beneficio del usufructuario. Diferencia con la legitimación del arrendador para interponer esta clase de juicio.

Entre las cuestiones planteadas en la sentencia encontramos las siguientes:

Primero.- Lo que se plantea en esta litis es estrictamente jurídico, como lo es si el nudo propietario está legitimado para promover una demanda interdictal de recobrar la posesión. Afirma que es de esencia del concepto de nuda propiedad la nota de carácter negativo de estar desvestida de las facultades de uso y disfrute de la cosa, el nudo propietario carece del ius possessionis (que, dice, no tiene por qué ir ligado al derecho de dominio), y «habrá que concluir que el nudo propietario CARECE DEL REQUISITO DE LA POSESION exigido por el art. 1652, 1.º, de la LEC. para que pueda prosperar la de-

manda interdictal».

Segundo.- El nudo propietario se ha de limitar a dejar gozar al usufructuario de su derecho, mientras en el arrendamiento existe una obligación positiva del arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa (art. 1554, 3, CC). y entiende que es al usufructuario al que corresponderá «normalmente» el ejercicio del interdicto, y si está obligado a poner en conocimiento del nudo propietario los actos del art. 511 (de un tercero, de que tenga noticia, que sea capaz de lesionar los derechos de propiedad) a cuya defensa se han de limitar las acciones que puede ejercitar el nudo propietario, a diferencia del arrendamiento... porque en el arrendamiento si existe dualidad de posesiones... no así el nudo propietario, que NO PUEDE RECUPERAR PARA SI LA POSESION DE LA QUE CARECE, estando posibilitado para hacerlo en beneficio del usufructuario...» (lo que no ocurría en esa demanda, en la que no solo el demandante accionaba solamente para si, sino que incluso silenciaba al desmembramiento del dominio y el usufructo de un tercero).

Tercero.- «Por todo lo anterior habrá de reputarse que el nudo propietario CARECE DE LEGITIMACION INTERDICTAL, para accionar por si mismo, sin

que el art. 432 del C.C. que distingue una posesión en concepto de dueño y en el de tenedor de la cosa para conservarla y disfrutarla perteneciendo el dominio a otra persona sea susceptible de aplicarse por extensión al nudo propietario, ya que este artículo contempla dos posesiones distintas, la del dominus... y la de quien tiene solo este último (derecho de posesión) como usufructuario, arrendatario, comodatario».

Esta es resumidamente la argumentación básica de los considerandos de la sentencia, cuya lectura nos ha producido cierta perplejidad y bastantes dudas, ya que se entremezclan dos instituciones, posesión y usufructo, y algunos conceptos que pueden rechinar, en nuestra modesta opinión.

¿Son acertados los fundamentos jurídicos expuestos por la sentencia? No nos referimos al caso concreto porque otros datos se nos escapan, sino a su filosofía general. ¿Es cierto en todo caso que el nudo propietario carece de posesión? ¿Es cierto que el nudo propietario solo debe dejar gozar, sin más, pura actitud pasiva? ¿Qué actos son los que lesionan «los derechos de propiedad», así, en plural, a cuya defensa ha de venir el nudo propietario o que puede ejercitar? ¿Carece de legitimación interdictal el nudo propietario?

¿Es porque así se deduce del art. 432 del CC., no susceptible de aplicarse al nudo propietario?

¿Es acertado el alcance que se da a la interpretación de este art. 432 al referirse al usufructuario como figura acogida en el artículo, a la par que acoge también al arrendatario o comodatario, vg? ¿Hay que buscar el paralelismo con la figura del arrendador, y con qué consecuencias y en qué casos?... etc, etc. Las dudas son muchas más de las planteadas ahora, que por no alargar demasiado la exposición de estas notas no vamos a señalar, ciñéndonos al tema objeto del comentario, haciendo para ello algunas observaciones previas que creo convenientes sobre la institución de la posesión.

Porque el T.S. ya en S. de 6 de Dic. de 1889 sobre la interpretación del art. 430 del CC. afirmaba que la posesión de derechos puede corresponder a muchos, y aunque es cierto que el art. 1652 de la LEC. habla de que el reclamante debe acreditar estar en la posesión o tenencia de la COSA, es sabido que nuestro código no recoge el concepto de cuasi-posesión porque el art. 430 del mismo no establece distinción alguna entre la posesión de cosas y la de derechos, a la que son aplicables las normas relativas al amparo de la situación posesoria, y por tanto la protección interdictal, que alcanza, vg, a las servidumbres discontinuas, dado que el art. 446 exige que sea respetado «TODO POSEEDOR», y el art. 1651 de la LEC. habla de posesión o tenencia, y como recuerda Brocá, de ahí que una añeja jurisprudencia (y decimos nosotros, no por añeja deja de ser cierta en conceptos como los que manejamos), basándose en la Ley 1ª, Título XXXI, Partida 3ª, había establecido la doctrina de que «el interdicto es procedente siempre que se prive a cualquiera de cosas muebles o raíces, o del ejercicio de un derecho, pues resolviéndose en esta clase de juicios sumarísimos cuestiones de orden público, lo mismo se efectúa privando a uno con violencia o clandestinamente de una cosa corporal, que poseía, como de un derecho que cuasi poseía» (S. de 11 de Junio de 1881, que reitera criterio ya mantenido en S. de 31 de Dic. de 1879).

Hay que tener en cuenta que el art. 1651 de la LEC. solo parece legitimar al poseedor o tenedor de una cosa. Pero Hernández Gil recuerda que el preceptor debe ser el art. 446 del CC. como posterior a la LEC.: «La norma civil de-

termina qué y quien es el objeto (la posesión) y el sujeto (poseedor) de la tutela. la norma procesal confiere los medios de defensa».

De ahí que no extrañe, vg. que el TS. en S. de 10 de Enero de 1925 señalase respecto a los arts. 431 y 432 que «la posesión de los bienes de la herencia LA TIE-NE la heredera, aunque por MEDIAN- CION de la usufructuaria en su nombre, y la Sala sentenciadora incurre en ERROR DE DERECHO al afirmar que la heredera NO POSEE los bienes cuya NUDA PROPIEDAD heredó de su padre». (De momento nos topamos con la posesión mediata).

Hay otra sentencia, de la A.P. de Lérida, de 24-1-1981, que negó al nudo propietario la protección interdictal ante el cultivo de tierras por los demandados, porque las facultades de aprovechamiento correspondían al usufructuario.

Con esto vemos que son básicos a este comentario los arts. 430, 431 y 432, en relación con el 446 respecto a la posesión, y sin perjuicio de considerar el contenido de los arts. 467 (contenido y naturaleza del usufructo, y a contrario sensu de la nuda propiedad), 471, 501, 502 y el art. 511 que la propia sentencia de AP. de Burgos menciona.

La distinción o matización de conceptos dentro del instituto de la posesión ha sido siempre muy difícil y conflictiva, porque nuestro Código Civil no ha seguido fielmente ni la posesión romana ni la germánica, ni las teorías de Savigny ni de Ihering, lo que origina discusiones doctrinales contrapuestas, no solo en cuanto al concepto mismo de posesión o sus formas o modalidades, sino respecto a su alcance. Nosotros no podemos sino fijarnos solo en esos tres primeros artículos, siguiendo en lo fundamental la armonización que hacía Hernández Gil, en su cátedra, en 1962, por considerarla muy satisfactoria, ya que por ejemplo el profesor Albadalejo afirma rotundamente que «la bipartición recogida en el art. 432 es la misma que en el art. 430. Por mucho que se pretenda lo contrario, ambos artículos exponen la misma idea», y parecidamente opinan Espín y Gª Valdecasas. Nosotros creemos con Hernández Gil que en realidad no exponen la misma idea, porque lo natural es que artículos distintos quieran decir cosas diferentes. En seguida lo veremos.

El art. 430 del CC. dice: «Posesión na-

tural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos».

Aparte de toda una serie de matices que podrían hacerse sobre el corpus y el ánimos, en cuanto toda tenencia o disfrute comporta una relación económica y social con la cosa, no es cierto que la posesión natural sea un «hecho que carece de trascendencia jurídica» (como afirmaba la S. 8-4-26), porque ocurrida, vg, el anterior poseedor no puede por su sola voluntad recuperarla, ya que se lo prohíbe el art. 441, que obliga al que se crea con acción o derecho a privar a otro de la tenencia de una cosa, si el tenedor resiste la entrega, a solicitar el auxilio judicial. Por tanto ya lo creo que tiene trascendencia jurídica, primero por la propia tenencia o disfrute, que es mucho, y segundo porque no puede ser privado el poseedor natural más que por vía judicial, puesto que nadie puede tomarse la justicia por su mano. Otra cosa es que no baste para usucapir, ya que para eso ha de ser «en nombre propio y a título de dueño, pues únicamente la posesión ejercida bajo dicho signo es conducente al efecto de usucapir» (S. 11-3-1985).

Mas se pregunta Díez Picazo ¿Qué significa «la intención de haber la cosa o derecho como suyos»? Y dice: «La doctrina dominante entiende que la expresión legal se refiere al animus domini, es decir a la intención de haber la cosa o derecho como dueño. También la jurisprudencia equipara la intención de haber la cosa o derecho como suya con la posesión en concepto de dueño. Sentencia de 7 de Febrero de 1966». Y aunque hace alguna matización en el sentido de interpretar la expresión legal, dentro de esta misma línea como posesión en concepto de titular de la cosa o derecho, entiende que el CC. prescinde luego de tal distinción.

Para Cossio, yo puedo actuar como si verdaderamente fuese dueño de una cosa, aunque en realidad no lo sea, pero en este caso esa apariencia predomina sobre la realidad en caso de discrepancia. Poser a título de dueño es, por tanto, distinto de poseer con título (aunque lo más frecuente será que quien posea a título de dueño lo haga porque tiene título de dueño, y éste es el fundamento de la teoría posesoria), pero las cosas no varían sustancialmente si quien posee a título de dueño carece de ese título que aparenta

poseer. (Por no ser dueño es por lo que cabe la usucapción, ordinaria o extraordinaria).

Pues bien: Hernández Gil cree que «ánimus» no puede ser aquí «ánimus domini». Y no lo es porque, en efecto, tener la cosa como «suya» o tener la cosa como nuestra, puede significar tener la cosa como propietario; pero en cambio «tener el derecho como suyo» como nuestro, quiere decir, indirectamente, tener la cosa en el grado de titularidad que atribuya el derecho que uno ejerza como suyo: si el derecho es de usufructo, como tal usufructo; si el derecho de acreedor pignoraticio, como tal acreedor pignoraticio; si de arrendamiento, como arrendatario, etc.

De manera que ánimus aquí no debe ser ánimus domini, se entiende, porque la categoría de posesión en concepto de dueño se establece más bien en el art. 432, y no en el 430.

Por eso cuando la doctrina entiende que la posesión civil es la base de la usucapción, en realidad debe restringirse el concepto a una sola de las modalidades de la posesión civil, solo a la posesión civil que además lo sea en nombre propio y en concepto de dueño, no a la posesión civil en concepto distinto del de dueño, como veremos. Por eso no cabe identificar posesión civil y posesión en concepto de dueño, porque así como toda posesión en concepto de dueño es posesión civil, no toda posesión civil lo es en concepto de dueño.

Por otra parte, si la posesión civil exige intencionalidad, no es que la posesión natural no la exija, es que es distinta de la civil, ya que siempre hay un comportamiento, una actuación. Las consecuencias de la distinción no se dan en orden a la protección interdictal, porque se protege a TODO poseedor en el art. 446, y ahí radica la causa possessionis de la posesión natural, la razón de necesidad de tutela jurídica, razón determinante de esa tutela.

Como resumen de la interpretación de este art. 430 cabe concluir: Diferenciación conceptual entre posesión civil y posesión natural. Identidad de efectos en orden a su protección interdictal; pero disparidad de efectos en orden a la usucapción.

El siguiente artículo, 431, se refiere a la posesión en nombre propio y a la posesión en nombre ajeno, y debe matizarse conjuntamente con el art. 432, referido a la posesión en concepto de dueño y distinto del de dueño. Porque el art. 432

es una subcategoría del 431. El 431 contempla la posesión desde el punto de vista del ejercicio, y el 432 desde el título de atribución posesoria. Lacruz advierte cierta imprecisión en la terminología, ya que el arrendatario o el usufructuario pueden servir de soporte físico para la posesión ad usucapionem del nudo propietario o del arrendador.

Por posesión en nombre propio suele entenderse la de aquél que posee una cosa como a él perteneciente, sin ser preciso que realmente le pertenezca ni tampoco que él crea que le pertenece, porque posesión en nombre ajeno sería concepto negativo del anterior, como posesión en nombre propio. El art. 431 dice: «La posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta o por otra en su nombre». A su vez el art. 432 dice que «La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de estos dos conceptos: o en el de dueño o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona». ¿Funcionan con independencia ambos artículos, o cómo se relacionan?. Porque poseedor en nombre ajeno ¿es solo el que actúa con poder o representación de otro, a virtud de mandato o representación legal, como albaceas, padres, tutores, o mandatario de bienes que administra, o también quien no posea en concepto de dueño, como el usufructuario o arrendatario que reconocen el dominio de otro?.

En este punto la doctrina está muy dividida, y se quiere disociar claramente el tener del ejercer, porque se dice que el que tiene la posesión puede ejercer por sí el poder de hecho sobre la cosa, pero también otra persona, en nombre de aquél podrá ejercer sobre la cosa ese poder, e incluso hay quien entiende que no debe considerarse poseedor a quien no posea ánimos domini, con lo que inutilizan el precepto, para hacerlo equivalente al 432. Y otros ven en el precepto la consagración del servidor de la posesión, figura a la que se niega legitimación interdictal (Pérez y Alguar, Castán, o SS. de 25 de Abril de 1917 y 8 de Diciembre de 1932. En cambio admite esa legitimación mi maestro de procesal, J. Guasp, en su Derecho Procesal de 1956). Díez Picazo y Gullón creen que el servidor de la posesión ejerce la misma en nombre de otro, que la tiene. Su estatuto jurídico es negativo, solo nos dice quién no es poseedor. En suma, en el art. 431 puede entenderse que están engloba-

das dos figuras: la del representante del poseedor y la del servidor de la posesión.

Lo que pasa es que en materia de posesión es difícil distinguir «titularidad» de posesión de «ejercicio» de posesión, porque la posesión se caracteriza precisamente por su ejercicio, abstracción hecha de que se tenga o no una titularidad.

En definitiva, si recordamos que la posesión puede ser tanto de cosas como de derechos, y hay derechos sobre derechos (vg, el usufructo de un crédito, art. 507; prenda, art. 1866), cabe armonizar los arts. 431 y 432, para que el art. 432 no repita el 431, ambos distintos a su vez de la posesión civil del 430. Lo natural es que cada uno tenga su propio campo de acción. ¿Cómo?. A través del art. 447, en cuanto solo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño sirve para adquirir el dominio.

La interpretación resumida de Hernández Gil sobre estos dos artículos es que el art. 431 establece una clasificación del poseedor en nombre propio y en nombre ajeno. A su vez la categoría de poseedor en nombre propio se desarrolla armónicamente en el art. 432, como posesión en nombre propio y en concepto de dueño (la posesión del propietario; poseedor en concepto de dueño es solo el que actúa como si fuera propietario) y posesión en nombre propio y en concepto distinto del dueño, que es la posesión que tiene el poseedor de derechos reales ajenos, y con respecto a ese derecho real actúa: vg, poseedor de un derecho de usufructo, de prenda, de servidumbre, superficie, etc, o sea, como poseedor en nombre propio con relación a ese derecho, porque actúa, se comporta como usufructuario, como acreedor pignoraticio, etc. en su propio nombre pero en concepto distinto del de dueño, porque la relación jurídica que posee no es la inherente al derecho de propiedad.

Y entonces ¿cuáles son los poseedores en nombre ajeno?. Serían los de la otra categoría del 431, los que tienen posesión de cosa que no puede ser entendida como posesión del derecho, vg, el caso del arrendatario, el del secuestratario, o del mandatario, etc. En estos supuestos hay una posesión, pero como los derechos en virtud de los cuales se posee no son derechos reales, y al no ser derechos reales no son susceptibles de la posesión, la posesión del arrendatario, secuestratario, mandatario, etc. solo se puede entender como posesión de la cosa en nombre ajeno, que a conse-

cuencia de una relación jurídica obligacional, no susceptible de causar una posesión de derechos, ostentan una posesión de la cosa que es derivada de la transmisión que se les ha efectuado y que tiene que ser siempre una posesión en nombre ajeno, en nombre de aquél del que derivan su posesión. (Para Albacar y Rubio deben incluirse en esta posesión los que cumplen funciones de representación posesoria, así como la adquisición de posesión por un mandatario no representante, y la de un gestor sin mandato).

Por eso no puede decirse que el art. 431 sea igual al 432, y menos que la bipartición del art. 432 sea la misma del art. 430. Nosotros creemos que esta tesis de Hernández Gil es muy sugestiva y armónica, y explica que no puedan prescribir a su favor más que los poseedores en nombre propio y en concepto de dueño, pero no los comodatarios (S. 24-4-1983), arrendatarios (S. 12-4-26), precaristas o guardadores (S. 2-7-28) o el usufructuario (S. de 31-5-1904). Y explica, a mi juicio, el juego de la adquisición condicionada de la posesión: «no puede estimarse que el bien mueble vendido haya pasado a la propiedad de la demandada recurrida, y por ello integrado en el inventario de la suspensión de pagos por ella solicitado, dado que según el clausulado contractual» el objeto vendido se halla libre de gravámenes y su dominio queda afecto al vendedor hasta la total extinción de la deuda», lo que implica una clara reserva de dominio, no operándose por el contrario más que un traslado de posesión». (S. 13-5-1982). Esta posesión será pues, en el interim, en nombre ajeno, por derivar de una relación obligacional, (porque no puede ser en nombre propio, ni como dueño, ni como titular de otro derecho real limitado). (Para el caso de no haber pagado el total precio aplazado, con reserva de dominio, también la S. 11-7-1983 me parece de interés).

Creo que ya hemos desplegado una de las dos cuestiones previas. Veamos la segunda, relativa al juego del nudo propietario.

Este puede constituir derechos cuya eficacia queda supeditada hasta la terminación del usufructo. Y así, de forma inmediata podrá disponer de la nuda propiedad como objeto de contrato: hipoteca (art. 107.2 de la L. H), venta, donación, y el usufructo incluido, (en este punto es de interés el artículo del profesor B. Moreno Quesada, en cuanto el art. 469 es-

tablece que puede también constituirse usufructo sobre un derecho, y en contra de la opinión de la RDGRN. de 25 de Febrero de 1910, que había considerado no inscribible el usufructo de la nuda propiedad). También puede el nudo propietario imponer gravámenes si no perjudica al usufructuario en su interés a conservar el destino económico de la cosa usufructuada, (y si lo consiente el usufructuario, incluso con perjuicio de éste).

El nudo propietario es coetáneo del usufructuario en un solo dominio, porque no hay usufructo sin nuda propiedad y viceversa. Así dice la S. de 20-3-1916 que «no cabe desconocer que estas dos modalidades de un solo dominio son coetáneas», y que el usufructo es «derecho integrante y limitativo del dominio», que tan «solo confiere el disfrute y aprovechamiento de bienes ajenos». De ahí que normalmente se considere que hay «propiedad dividida», división del dominio que determina relatividad y enlace, tan evidente, del directo con el útil, como componentes de un todo, que indefectiblemente tienen que coexistir» (S. de 19-Nov. 1925).

Sin embargo la tesis de la división no siempre es clara. «Quien ostente la nuda propiedad puede conferir opción de compra en favor de tercero, desde el momento que en nada afecta al usufructo... limitación del derecho de dominio, y consiguientemente, un gravamen, pero que en modo alguno implica una división de aquel...» (S. 24-Mayo 1985).

El nudo propietario puede pretender frente al usufructuario la división de la cosa poseída en común: «Aunque sean conceptos distintos los de propiedad y usufructo, que se recogen en los arts. 348 y 467 del CC. la comunidad recae, así sobre la propiedad de la cosa como sobre el usufructo, que constituye una desmembración, siquiera sea temporal y transitoria del pleno dominio, y por ello cabe la posibilidad de que el propietario pretenda frente al usufructuario la división de la cosa poseída en común» (S. 17 Mayo 1958). (También pueden verse las Rs. de 24 y 27 Dic. 1934 sobre la actio communi dividundo).

El nudo propietario puede ejercitar el retracto (S. 13 Oct. 1956, o 10-Feb. 1914), de tal manera que el retracto legal de comuneros le es negado al usufructuario, (S. 9-3-1967), pero no a la nuda propietaria (S. 29-7-61), pudiendo el retracto ser igualmente de colindantes o enfiteútico, etc., y conforme al art. 471 tiene además

derecho al tesoro, que por no ser fruto, no corresponde al usufructuario. Y puede llegar a usucapir.

Por otra parte es claro por aplicación del art. 511 que debe el nudo propietario ejercitar cualquier acción negatoria de servidumbre o de otro derecho real sobre el inmueble que pudiera adquirirse por prescripción, vg, (S. 22 de Oct. 1922, vg, a contrario sensu, o 4-6-1947, etc). Para el supuesto de posesión mediata, y con referencia al arrendamiento, Vallet de Goytisolo (citado por D. Picazo) atisba la posibilidad de que se lesione solamente la posesión mediata del arrendador, que nosotros creemos trasladable al nudo propietario; por ejemplo, si el vecino no respeta una servidumbre de Altius non tollendi, constituida a favor de un predio que se ha dado en arrendamiento (o que, a nuestro caso), use el usufructuario, ya que la mayor elevación de pared no perjudica la posesión del arrendatario (o usufructuario), pues no le priva de los rayos solares e incluso le protege algo de los frios vientos del norte. En cambio lesiona la posesión del arrendador (o nudo propietario) en cuanto le perjudica para el caso de que, en lo futuro, quiera edificar el nudo propietario en aquel terreno, privándole de vistas, para gozar de las cuales se constituyó precisamente la servidumbre. También puede señalarse como otro supuesto, el caso de abrirse ventanas sobre esa finca rústica, sin guardar las distancias legales, hecho contra el que a lo mejor el usufructuario no tiene el menor interés, o si se constituye una servidumbre de acueducto (del 561, en que o sea constante el paso del agua), molesta en su momento para el nudo propietario.

Porque el art. 511 opera cuando se produce una situación de riesgo, —y no necesariamente de daño actual— sobre la cosa usufructuada —y no sobre sus frutos—, por acto de tercero; el daño contingente puede ser de hecho (perturbación posesoria, obra nueva o ruinosa...) o de derecho (posesión ad usucapionem), como dicen Albacar y Cavanillas.

Ahora bien, es cierto que la legitimación activa a efectos interdictales ha planteado problemas, al considerarse al nudo propietario poseedor mediato, por encajar esta figura en el 432. Dicen Díez Picazo y Gullón que tanto el poseedor mediato como el inmediato son poseedores, y su legitimación es clara frente al tercero causante de la perturbación o despojo. Pérez y Alguer también opinan que el posee-

dor mediato entabla el interdicto para que se ampare o restituya al poseedor inferior o inmediato en su posesión. Y lo mismo García Valdecasas.

Puig Brutau indica que «en caso de posesión mediata e inmediata parece que lo más fundado es reconocer la protección interdictal a ambos poseedores», y cita a J. de los Mozos, que aunque con referencia al arrendador y al interés estrictamente posesorio de cada parte, arrendador contra arrendatario y viceversa, dice «una cosa es que el arrendador no pueda usar el interdicto por falta de pago de las pensiones o por la terminación del plazo contractual o sus prórrogas, vg, en vez de acudir al procedimiento de desahucio, y otra, bien distinta, que pueda defenderse su posesión, no solo contra las perturbaciones de un tercero que obra por su propia cuenta, o con la tolerancia y consentimiento del propio arrendatario... sino contra éste, en todas aquellas relaciones de hecho que no deriven del contrato».

También la L. H. en su art. 127 y para caso de enajenación de finca hipotecada y requerimientos oportunos dice «si hubiere más de un tercer poseedor por pertenecer a una persona la propiedad o el dominio directo y a otro el usufructo o el dominio útil, se entenderá con ambas el requerimiento». Aunque este art. no sea técnicamente perfecto, si refleja la situación de reipersecutoriedad de la cosa usufructuada por «ambos poseedores», calificación significativa.

El TS. en S. ya citada, de 10 de Enero 1925, afirmaba que la heredera nuda propietaria posee por mediación de la usufructuaria los bienes que heredó de su padre. El problema ahora es ver qué posesión tiene el nudo propietario, y si tiene legitimación interdictal. He aquí la respuesta de la A.P. de Murcia:

«No se puede negar legitimación a los actores, por su condición de nudos propietarios y la actuación en la litis como partes legítimas y legitimadas, no demuestra el reconocimiento de dos personalidades en una posesión, pero sí la aceptación de que dichos nudos propietarios tienen la posesión mediata o civil, que ha de ser amparada también por el art. 446 del CC. ya que el despojo de la posesión directa, inmediata o de hecho al usufructuario afecta indudablemente a la integridad de aquella que podría en el futuro, al consolidarse el pleno dominio, estar afectada o

mermada por los actos de despojo». (S. de la A.P. de Murcia de 9 de Nov. de 1977).

CONCLUSIONES

Con esto creo que estamos en condiciones de responder las preguntas iniciales, a manera de conclusiones provisionales que someto a posible revisión:

Primero.— El nudo propietario no carece de la posesión. Es muy difícil concebir un derecho real que no se posea, ya que los derechos reales se adquieren mediante posesión. Y el nudo propietario no se limita pasivamente a dejar gozar al usufructuario de sus derechos. Junto al lado pasivo de la nuda propiedad, ésta conserva aspectos activos y expectativas que puede y debe defender, para que no se lesione su derecho dominical.

Segundo.— La posesión del nudo propietario no es solo posesión natural (disfrute de un derecho). Es posesión civil (al existir intención de haber la cosa o derecho como suyo, en ese grado de titularidad de nuda propiedad) y dentro de ella, en nombre propio, en cuanto su derecho no admite intermediario, y además en concepto de dueño, por referirse precisamente al dominio sobre la cosa. Así como su derecho es inmediato, en una relación vertical, su relación con la cosa es mediata, a través del usufructuario, y por tratarse de un solo dominio, aunque dividido, no hay dos posesiones distintas, sino que desmembrado el derecho de propiedad (que sigue siendo único), también la posesión simultáneamente tiene dos aspectos (mediata e inmediata) y sigue siendo única, por reflejo del derecho de que deriva o sobre el que se estructura el usufructo, y que no puede hacer desaparecer las facultades de la nuda propiedad. La posesión mediata presupone la inmediata. De ahí que creamos que puede interdictar por sí y para sí al amparo de los arts. 511 y 446, sin que tenga que esperar necesariamente que el usufructuario ponga en su conocimiento actos de tercero que lesionen sus derechos, y más si el usufructuario es indiferente a esa lesión.

Tercero.— Por protegerse a todo poseedor, no puede carecer el nudo propietario de protección interdictal.

Cuarto.— El art. 432 no se refiere en todo caso a los poseedores en nombre ajeno, arrendatarios, comodatarios... pero si al usufructuario, como poseedor en nom-

bre propio y concepto distinto del dueño, o al nudo propietario, que posee en concepto de dueño en nombre propio, por lo que este art. es precisamente aplicable al nudo propietario.

Quinto.— Cabe el paralelismo con el arrendador, vg, en los casos señalados de ejercicio de acciones interdictales o negatorias de servidumbre, pero no a través del art. 432, sino a través del 430 como posesión civil, cada uno en el grado de su respectivo derecho, y que el arrendador, a su vez, puede ser propietario o no propietario, vg, el arrendador puede ser usufructuario, enfiteuta, o anticresista, y no necesariamente dueño, que en cambio si lo es, siempre, el nudo propietario (o al menos poseedor en concepto de dueño).

El nudo propietario está obligado a hacer las reparaciones extraordinarias y tiene derecho a exigir el interés legal (arts. 501 y 502), y el arrendador debe hacer las reparaciones necesarias del art. 1554. Por tanto no es solo que el nudo propietario tenga facultades respecto a la cosa usufructuada. También tiene obligaciones activas.

BIBLIOGRAFIA

- Broca y Majada. *Práctica Procesal Civil*. Bosch.
- Hernández Gil. *La posesión*. Madrid 1962.
- Función social de la posesión*. 1967.
- Albadalejo. *Protección y efectos de la posesión*. RDP. 1963.
- Concepto, estructura y clases de posesión*. RDP. 1962.
- Díez Picazo-Gullón. *Ballesteros. Sistema de Derecho Civil. Volumen 3. Tecnos 1990, y la bibliografía que cita*.
- Cossío. *Instituciones de Derecho Civil*. Alianza Editorial 1975.
- Pérez y Alguer. III. 1.º
- Castán. II. 1.º
- Espín. *Manual de Dcho. Civil español II*. 1975.
- Guasp. *Derecho Procesal Civil*. 1956.
- Puig Brutau. *Fundamentos de Dcho. Civil*. Vol. I. 1971.
- J. L. de los Mozos. *Tutela interdictal de la posesión*. 1962.
- Moreno Quesada. *El usufructo de la nuda propiedad ADC*. 1959.
- G^a Valdecasas. *La posesión*. Granada 1959.
- Albacar y otros. *Código Civil*. 1991.



«EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACION»

José María CHICO y ORTIZ

Registrador de la Propiedad

Vocal Permanente de la Comisión Gral de Codificación

Al estudiar la teoría general del negocio jurídico y uno de sus elementos esenciales recuerdo que en la obra de CASTAN («Derecho civil español común y foral», Tomo I, año 1949) planteaba su autor el tema del «silencio» como declaración de voluntad y arrancaba de la discusión doctrinal en torno a la cuestión magníficamente recogida en la obra de CLEMENTE DE DIEGO («El silencio en el Derecho», 1925). En general, decía, no se puede afirmar que el silencio equivalga a una declaración de voluntad, pues el que calla ni afirma ni niega («qui tacet non utique fateatur»), pero en algunos casos el silencio puede ser interpretado como manifestación de una determinada voluntad y en especial como aceptación de una oferta contractual («qui tacet consentire videtur»).

La solución del tema, para CASTAN, era no tanto el saber si el silencio puede valer como declaración de voluntad, sino bajo qué condiciones puede ser aquel interpretado como declaración tácita de la misma. PACCHIONI, por el contrario, entendía que el problema era judicial y que debería en todos los casos quedar al arbitrio del Juez que en cada caso se pronunciara sobre su existencia o no. Por aquel entonces se citaba la Sentencia de 24 de Noviembre de 1943 donde se señalaban como requisi-

tos fundamentales para que el silencio se valorase como manifestación de voluntad, estos dos: que el que calla pueda contradecir por haber tenido conocimiento de los hechos; y que el que calla tenga obligación de contestar o que fuese normal y natural que si no quería aprobar los hechos debiese manifestar su disenso.

Aquello que no pasó de ser un tema doctrinal con el tiempo se convirtió para mí en un caso real, pero no en el campo del negocio jurídico privado, sino en el del Derecho Administrativo y comenzó a preocuparme seriamente, ya que por encima de la solución que se le diese —positiva o negativa— estaba el principio de seguridad jurídica. Frente a una institución como el Registro de la Propiedad que trata de lograr como fin principal la seguridad del tráfico jurídico a través de la publicidad, no puede introducirse un interrogante de tal categoría como es el «silencio» y no ya porque al mismo le demos una solución positiva o negativa, sino porque para que el acto que se apoya en el mismo pueda tener acceso al Registro exige una comprobación documental de fechas, circunstancias, denuncias de mora, transcurros de plazo etc. Creo que el tema se me planteó en el campo de las licencias urbanísticas y recuerdo que yo calificué a esta actitud silenciosa de la

Administración como de «grosería administrativa». Es un desprecio hacia el ciudadano y una actitud de «prepotencia». Es verdad que el silencio concebido como «negativo» facilitaba el acceso al recurso y el «positivo» permitía al mismo prevalecerse de esa situación para consolidar el derecho. Pero la norma —por muy administrativa que sea— es preciso dictarla de acuerdo con el contexto de todo el ordenamiento jurídico y, por ello, tener en cuenta los obstáculos y dificultades que pueden crearse para la eficaz y debida protección del derecho. Aparte de todo ello cuando en estos tiempos que corren circulan como ideales a conseguir el de la rapidez en la solución de los asuntos, la transparencia y el dinamismo de las instituciones asistidas por medios informáticos es «impresentable» una teoría del silencio tanto positiva como negativa que pone en entredicho la actividad —un tanto galvanizada— de la Administración. Pero el legislador español, como vamos a ver, es terco, rechaza cualquier punto de conexión de la norma que elabora con sus circunstancias y más que manejar la «autoritas» actúa a través del «imperium».

La doctrina administrativista —o parte de ella— más que criticar la normativa legal, lo que hizo es justificarla, averiguando cuales eran las razones pa-

ra su aceptación. Todo ello dentro del campo administrativo que como un gran islote se desentendía del resto del ordenamiento. GARCIA DE ENTERRIA («Curso de Derecho Administrativo» CIVITAS, MADRID, 1980) decía que la atribución de un valor «negativo» al silencio se debía a la singular configuración técnica del recurso contencioso-administrativo como un proceso impugnatorio de actos previos, cuya legalidad es objeto de revisión a «posteriori». La Administración podía eludir el «control jurisdiccional» con sólo permanecer inactiva y en tal caso el particular afectado quedaba inerte ante ella, privado de toda garantía judicial. Para la otra cara que califica al silencio como «positivo» el autor citado dice que en rigor el silencio positivo viene a sustituir la técnica de la autorización o aprobación por la que un veto susceptible de ejercitarse durante un plazo determinado o limitado queda sin efecto pasado el mismo y lo pedido por el requirente se entiende concedido. Es como un «acto administrativo» que posteriormente no cabe ser revocado por la propia administración, pues ello significaría un acto nulo (s. 29 de Enero y 8 de Junio 1961, 23 de Noviembre de 1962, 3 de Octubre de 1963, 23 de Octubre y 3 de Noviembre de 1964).

Sobre esta figura que se acepta por primera vez en Francia en la Ley de 17 de Julio de 1900, pero que en España en su versión negativa es recogida por el RD. de 23 de Marzo de 1886 (art. 1, regla 8ª en las reclamaciones administrativas), también se ocupa GONZALEZ PEREZ («Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo» CIVITAS, 1977). Su postura es la de considerar al mismo como «una presunción» que la Ley establece en garantía del interesado ante la pasividad de la Administración en resolver. De estas dos obras citadas y de la monografía de PEREZ SERRANO («El silencio administrativo en la doctrina jurisprudencial» Madrid, 1952) puede aportarse un cúmulo de trabajos sobre el tema que, bibliográficamente, está muy documentado. Pero aquí de lo que se trata es del examen de esta teoría en la nueva Ley 30/1992, de 26 de Noviembre que dará lugar a diferentes trabajos. Por ahora sólo he leído el de CESAR ALBIÑANA GARCIA-QUINTANA («El silencio en la nueva Ley de Procedimiento Admi-

nistrativo. «TAPIA, Publicación para el mundo del derecho» Diciembre 1992).

Podríamos hacer unas glosas comparativas entre las normas de la ya derogada Ley de Procedimiento Administrativo y la vigente, podríamos adentrarnos —como lo hice hace poco— al comentar la Ley del Suelo de 8/1990, de 25 de Julio, donde a mi entender se había reducido la teoría del silencio «positivo» al caso curioso del artículo 15,3 de la misma. Podríamos también hablar de la posición del texto refundido y hasta citar cómo JUAN SAN MARTIN («El ararteko de GASTEIZ» en el periódico DEIA (5 Septiembre de 1991) aboga por una necesaria reforma de la teoría del silencio administrativo. En ABC. (13-9-1991) GONZALEZ PEREZ también mantiene la misma postura. Pero, desgraciadamente, no parecen ser esos los criterios doctrinales que han guiado al legislador, pues si bien se parte de un principio general, luego se matizan dos clases de «silencio». Por todo ello no creo necesario hacer una breve historia de la evolución de la teoría, ya que lo que interesa en la actualidad es la norma vigente y me da la sensación de que la misma está rozando límites anticonstitucionales (lo mismo que la Ley del Suelo) donde al particular se le ofrecen «recursos» para alegar sus derechos, pero éstos se ven «despreciados y sin estimación» ante un procedimiento de ejecución, decretado sin antes resolver el recurso planteado. Yo participé como ponente, luego como experto y luego como vocal, en la Comisión que redactó la Ley de Propiedad Intelectual y siempre estuvo en mí la idea del Derecho y la necesidad de compatibilizar los intereses que en ella incidían. Aquí parece que está pasando todo lo contrario. Se presume la «inocencia» del ciudadano en determinados casos, pero cuando se trata de procedimientos administrativos o fiscales, el ciudadano «siempre está en reo».

Vamos ya con el texto legislativo donde su estructura podíamos ofrecerla distinguiendo las razones justificativas de la «exposición de motivos» (término que hace muy poco ha vuelto a ser utilizado, lo cual no tiene explicación), el principio general que se acepta y las excepciones «positivas y negativas» que la Ley contempla para unos casos especiales.

A) LA «EXPOSICIÓN DE MOTIVOS». Esta singular exposición de Motivos parte de la base de que la nueva legislación —como todos pretendíamos— superase la doctrina del llamado silencio administrativo. Pero lo supera en el sentido de cambiar (?) su sentido negativo por el de positivo, lo cual no supone «superación», sino cambio de sentido (como en las autopistas, aunque yo creo que se trata de una «perdida de sentido»). Luego sigue aclarando —más bien contradiciendo todo lo anterior— que el objetivo de la Ley no es dar carácter «POSITIVO» a la inactividad de la Administración, pues el carácter positivo de la inactividad de la Administración es la «garantía» (CESAR ALBIÑANA critica la expresión «garantía» ya que de lo que se trata es de una «técnica») que se establece cuando no se cumple el verdadero objeto de la Ley que es el de que los ciudadanos obtengan respuesta **expresa** de la Administración en el plazo establecido. Luego vienen unos párrafos donde el silencio no se califica como «instituto jurídico» (difícilmente puede adivinarse la razón o razones tenidas por el autor de esta exposición para llegar a esa calificación) y se le considera como «garantía» para que los derechos de los ciudadanos no se vacíen de contenido cuando la Administración no atienda eficazmente o con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado (la idea del vacío o del vaciar de contenido ya aparece en el texto de la Ley del Suelo al referirse anticonstitucionalmente sobre la propiedad). Calificado el silencio positivo o negativo como «garantía» del ciudadano nunca podrá ser prevalente cuando exista un «interés general» (?) «cuando el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista». Se invierte —según la exposición— el principio formalista de la administración o de la actividad administrativa y se da preferencia a la **eficacia** (?).

Esta utópica «seguridad jurídica» que el silencio puede ofrecer en su sentido positivo o negativo choca abiertamente con el siguiente párrafo de la misma Exposición, donde se dice que: habrá nulidad de pleno derecho de los actos presuntos o expresos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derecho cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Esto es, el ciudada-

no que solicita una licencia de obras, de segregación, de parcelación o de cualquier otro acto sujeto a la autorización administrativa, si logra ampararse en el «silencio positivo» y posteriormente la Administración le diga que carece de requisitos legales, le puede «costar la torta un pan». Notarios y Registradores deben afinar mucho en la apreciación del silencio «positivo» ante estos posibles eventos. Luego veremos algún caso.

Ante todo esto que la Exposición de Motivos nos «narra» y que puede ser la «esencia» del contenido de la Ley, me atrevo a preguntar ¿Es este el camino que demanda la «seguridad jurídica»? Al legislador administrativo habría que advertirle de la necesidad del conocimiento pleno del «ordenamiento jurídico» para obrar en consecuencia y con seriedad.

B) OBLIGACION DE CONTESTAR. El ciudadano español es muy propicio a cometer la falta de cortesía de la contestación. A la gente no le gusta escribir. Escriben solamente unos pocos. Esta forma de proceder contagia a las instituciones y a la Administración. No es que con ello se rechace el principio formalista de la requiritez, de los plazos, del número de copias, etc. sino que lo que mediatiza su actuación es la «desgana administrativa». En los tiempos en que vivimos es alarmante esta actitud y por eso chocan los preceptos de la Ley, cuando las instituciones tienen en su «auxilio» medios informáticos que permiten la agilización de expedientes, recursos, solicitudes, etc.

Por ello, y con la buena intención de atajar males endémicos, el artículo 42 de la nueva Ley diga algo insólito: «La Administración está obligada a dictar resolución «expresa» sobre cuantas solicitudes se formulan por los interesados, así como en los procedimientos iniciados de oficio cuya instrucción y resolución afecte a los ciudadanos o a cualquier interesado». Este principio general se mediatiza con la exigencia de unos plazos, unas responsabilidades y unas excepciones:

—El plazo máximo para resolver será el que fije la norma del procedimiento aplicable al caso y cuando éste no fije plazo, será de TRES MESES.

Cabe, sin embargo, una ampliación

de plazo solicitada por el órgano competente, que no podrá ser superior al inicialmente establecido en la tramitación del procedimiento (?) y contra el acuerdo que resuelva la ampliación de plazos no cabe recurso alguno. Otra muestra de indefensión.

—No se lo que quiere decir el párrafo 3 del art. 42 al atribuir a los titulares de los órganos administrativos que tengan la competencia para resolver, la «responsabilidad directa» de que la obligación de resolución expresa se haga efectiva, pues inmediatamente se habla de una «responsabilidad disciplinaria» o remoción del puesto de trabajo.

Se me antoja pensar que hay algo que no encaja en el ordenamiento jurídico sobre la materia de responsabilidad directa y subsidiaria, pero creo que es tema «monográfico».

—Las excepciones al pronunciamiento expreso se enumeran en el art. 42,1, párrafo segundo, aludiendo a la prescripción, a la caducidad, la renuncia o el desistimiento y aquellos casos en los que el ejercicio de los derechos sólo deba ser objeto de «comunicación» o se haya producido la pérdida del «objeto» del procedimiento.

Resulta curioso cómo este artículo que parecía dar cierta tranquilidad al ciudadano al partir de una decisión «expresa» y no contener en sus excepciones los aspectos «positivos o negativos» de la teoría del silencio, venga superado por los siguientes artículos en los que se establece un cúmulo de excepciones a la llamada «obligación de resolver». Vamos a distinguir las «positivas y las negativas».

C.— SILENCIO POSITIVO. Resulta sumamente complicado el tema de la obligación de resolver comparándolo con lo que dispone el art. 43 de la misma Ley, ya que el mismo dispone que «sin vencer el plazo de resolución» (¿El plazo o la prórroga?) no se exige a las Administraciones de la obligación de resolver, pero deben abstenerse de hacerlo cuando se haya emitido la «certificación de actos presuntos». En este artículo se crea una nueva excepción a las señaladas por el artículo 42, que luego veremos.

Deben entenderse «estimadas» las solicitudes que en plazo no hayan tenido una resolución, entendiendo como

tales:

—Solicitudes de licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo. La redacción me parece peligrosa, pues la disyuntiva que se interpone entre «licencias» y «autorizaciones» no obliga al intérprete a la asimilación entre licencias y autorización, dejando la «licencia» en su plena amplitud y restringiendo la autorización a la instalación, traslado o ampliación de empresas.

—Solicitudes —ya no se habla de licencias— para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo que se refieran al «dominio o servicio público». Es el reconocimiento de derechos adquiridos sobre bases documentales de la propia Administración.

—Las solicitudes en cuya normativa no se exija que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa.

El tema preocupante desde el punto de vista de la relación administrativa con las instituciones de Derecho privado, reside en si una licencia para edificar puede ser obtenida por este sistema de «silencio positivo», aún cuando el artículo 37, 2 del texto refundido de la Ley del Suelo (RD. 1/1992, de 26 de Junio) parece exigir a Notarios y Registradores para autorizar o inscribir que «se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación». Al haber intervenido en diferentes conferencias y coloquios a raíz de la publicación en Julio de 1990 la nueva Ley, cuyo texto refundido comentamos, sostuve que conforme a la disposición CUARTA de las adicionales el silencio positivo había quedado marginado y suprimido desde esa fecha con la sola excepción de lo que disponía el artículo 15,3 de la misma Ley (si en el plazo de tres meses no se otorga la «certificación» solicitada, se entenderá ésta otorgada). La doctrina no lo entendió así y, entre ellos, GONZALEZ PEREZ («Nuevo régimen de las licencias de urbanismo», ABELLA, 1991) consideró vigente el artículo 9,1,7 3 del Reglamento de Servicios de las

Corporaciones Locales de 17 de Junio 1955 y estimó que la licencia se consideraba otorgada por el transcurso de plazo y denuncia de la mora. Lo grave es que en NAVARRA en ningún caso se exige la denuncia de la mora para que

se produzca el silencio administrativo (art. 5, 1º de la Ley Foral 7/1989, de 8 de Junio sobre medidas de intervención en materia de suelo y vivienda).

Así como en los momentos en que se promulgaba la nueva Ley del Suelo mi criterio era rotundo, ahora me empieza a preocupar si es preciso cambiar de criterio a la vista del nuevo texto refundido de la nueva Ley del Suelo (que no respeta totalmente lo que decía la Ley) y esta Ley de Procedimiento Administrativo 30/1992 de 26 de Noviembre. Mis dudas residen en estos argumentos:

—A la disposición adicional CUARTA de la Ley del Suelo de 1990 se la ha hecho desaparecer y ello plantea la duda de si sigue vigente al Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales al que se remite GONZALEZ PEREZ para sostener su criterio. La verdad es que en éste Decreto tampoco figura entre los expresamente derogados por el nuevo texto refundido.

—La disposición adicional OCTAVA declara aplicable a NAVARRA y PAIS VASCO el texto refundido que comentamos, lo cual hace dudoso que pueda aplicarse el artículo 5, 10 de la Ley Foral Navarra 7/1989, de 8 de Junio.

—De los tres casos en los que la Ley de Procedimiento Administrativo admite la solución «positiva» al silencio veo que puede encajarse en los apartados a) y c) del número 2 del artículo 43 sobre actos presuntos. Pero me atemoriza una frase que CESAR ALBIÑANA GARCIA-QUINTANA dice en su trabajo citado: «Esto es, el silencio positivo trata de suplir la resolución expresa, pero siempre dentro de los límites establecidos por la respectiva Ley, y nunca la defensa del derecho o del interés del individuo mediante el silencio positivo puede implicar un perjuicio según Ley para la colectividad que representa la Administración pública al gestionar los intereses generales.

La solución la apunta la nueva ley, pero sin el suficiente «coraje» ya que el párrafo 5 del art. 43 de la LPA, dice que cada Administración, para mejor conocimiento de los ciudadanos, «podrá» (debió exigirlo expresamente) publicar una relación de los casos en los que el silencio o falta de resolución expresa produce efectos estimatorios o desestimatorios. Igualmente Disp. Adicional

3ª. Si nos inclinamos a aceptar la tesis positiva no debe olvidarse nunca que la inscripción que en el Registro de la Propiedad se haga y permita la aparición de terceros crea un conflicto de cierta envergadura, pues los terceros deben ser mantenidos en su adquisición, aún y a pesar de que la Administración en un acto posterior a la obtención por silencio positivo de la licencia entienda que ésta no está de acuerdo con el planteamiento y la considere nula. Cuestión que también plantea la licencia «expresa» cuando posteriormente a ser concedida se declara ilegal, que deberá ser remitida a Registro de la Propiedad para su debida constancia (art. 40, 1º del texto refundido de la Ley del Suelo). La «constancia» afectará al tercero si es anterior a su adquisición.

D. SILENCIO NEGATIVO. el artículo 43.3 de la LPA. que comentamos establece dos claros casos en los que si no se dicta resolución en plazo debe entenderse «denegada» la solicitud:

a) Procedimiento de ejercicio del derecho de «petición» del art. 29 de la Constitución.

b) Resolución de recursos administrativos en general. Lo que podía haber quedado ahí sin más aclaraciones, lo entorpece la Ley para decir lo contrario: si el recurso se basa en silencio negativo, y transcurre el plazo para dictar resolución, se entenderá positivo. Posiblemente la norma sea justa y trate de evitar no las «tres negaciones» bíblicas, sino dos consecutivas. Para CESAR ALBIÑANA esta disposición supone una cierta intimidación para la Administración y una cierta desconfianza que el legislador tiene en la exigencia de responsabilidades (disciplinaria y remoción de puesto).

E. CERTIFICACION DE ACTOS PRESUNTOS. Se me antoja que esta figura es semejante o, por lo menos tiene la misma finalidad que la «denuncia de la mora» anterior, y en su virtud la eficacia de los actos presuntos no solamente hace falta que transcurra el plazo en el que la Administración debe resolver, sino que la misma Administración a petición del interesado emita una «certificación que acredite el acto presunto».

Pero este artilugio vuelve a renovar la tentación de la Administración de no

contestar, pues si DEBE contestar en el plazo de VEINTE DIAS, al que la solicite no se le concede recursos, pero si puede entender eficaz su derecho mediante la exhibición de la «petición» de certificación. La omisión de expedición cuando ésta proceda (cuidado con esta frase) es considerada como **falta muy grave**.

Quedan algunos otros «fleclos» en esta regulación, como la forma de contar los plazos, los procedimientos de oficio, etc. que exigirían un mayor espacio para su comentario, aunque el propósito de estas notas es ver el enfoque que la teoría del «silencio» ha recibido en la nueva regulación. Resolución «expresa» y presunción «positiva o negativa» en determinados casos y, por encima de todo, el artículo 62, 1, f) donde la nueva Ley declara que los actos de la Administración son nulos de pleno derecho en los casos de actos **expresos o presuntos** contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de requisitos esenciales para su adquisición». Esta norma está dictada sin tener en cuenta el principio constitucional de la «Seguridad del tráfico jurídico inmobiliario» donde la fe pública protege al tercero y lo mantiene en su adquisición aunque luego se anule el derecho de su adquisición. Sigue la política del «gruñido y del zarpazo», por esa manera de dictar normas sin conexión con el resto del ordenamiento jurídico, al que también pertenece el derecho privado.

APROXIMACION A LA PALABRA POETICA

A modo de resumen de la intervención de JOSE ANGEL VALENTE en la presentación de su libro «MATERIAL MEMORIA» en el Colegio de Abogados el día 26 de Noviembre de 1992.

Convenimos en principio que el punto de confluencia máxima entre derecho y poesía era la palabra, el lenguaje; y que la poesía estuvo efectivamente vinculada, en un primer momento, al desarrollo de la humanidad y a los actos de codificación.

Pero ese punto de confluencia, el lenguaje, se convierte en el de máxima divergencia entre la poesía y el derecho o cualquier otra disciplina que pretenda un cierto rigor racional, y ello porque quien pretenda una aproximación al lenguaje poético, ha de plantearse, en primer término, *«que está ante el lenguaje, está ante la palabra, pero que está ante un uso no solito del lenguaje mínimo»*. Está, como dice CHOMSKY, ante un uso creativo del lenguaje.

Aquí estaría la explicación — continuó el autor — de por qué el lector contemporáneo dice muchas veces ante el poema, que no entiende, porque efectivamente *«el poema no está hecho para ser entendido, el poema no se entiende, no se entiende por las categorías de razón a las que se aplica normalmente el entendimiento»*.

Valente explicó que realizaríamos una aproximación a la palabra poética a través de una doble vía, mediante la entrada en la palabra poética misma, es decir, mediante la lectura de poemas, y, por medio de una reflexión sobre la importancia, su modo de entendimiento,

su significación, el por qué, el para qué y la naturaleza de la palabra poética.

El desarrollo de la velada que comentamos tuvo dos partes perfectamente diferenciadas, una primera, de poética, donde se abordó esa reflexión sobre la palabra, y una segunda dedicada a la lectura de poemas.

Nosotros aquí intentaremos intercalar ambas, con un criterio absolutamente subjetivo y con las limitaciones propias del simple aficionado.

«El lenguaje —dijo Valente— es un sistema de símbolos, pero hay en el entorno humano un posible material simbólico que no está sujeto al pensamiento proposicional y a la sintaxis lógica del lenguaje».

«Este material simbólico, genera sus propias formas peculiares de concepción que derivan exactamente del mismo mundo de las formas que son absolutamente distintas de las formas que genera la ciencia».

Veamos como ejemplo de ello el poema *«Al dios del lugar»*, en la obra del mismo nombre, publicada en 1989.

*Los sacerdotes
compusieron la víctima
como incruento se compone el cuerpo
nocturno del poema.*

*De dos en dos subieron las escalas
infinitas del aire
para ya nunca más volver.*

*Lento el primer latido
o párpado del día resurrecto
empezó a oírse.*

En el lenguaje caracterizado por la discursividad, las significaciones son entendidas sucesivamente y se reúnen en

un todo, mediante un proceso. El discurso.

En la simbolización no discursiva, propia de cualquier tipo de arte, y también, del arte de la palabra; los elementos que componen el símbolo, no requieren las distintas fases analíticas del discurso racional y realizan *«una presentación simultánea. Se entienden por su aparición inmediata»*.

«Ese es el modo de entendimiento que en un primer momento la obra de arte nos pide. Un poema nos pide que lo veamos, como vemos un cuadro; que lo veamos simultáneamente, que lo veamos aparecer».

«Extremando esta perspectiva — dice el autor — el poema es una forma aparicionarial del conocer».

Veamos la aparición de este poema, del libro *«No amacene el Cantor»* publicado en Febrero de 1992.

«Tenía el mar fragmentos laminares de noche. Los arrojaba al día. Para que el ave tendida de la tarde no pudiera olvidar su origen en los terribles pozos anegados del fondo».

Por ello, *«el poema sería el espacio donde la palabra, antes de entrar en los condicionamientos del sentido, o incluso, destruyendo los condicionamientos del sentido, consiste, sobre todo, en su absoluta aparición, en su absoluta manifestación. Algo que se manifiesta»*.

«Lo que el poema dice, lo que el poema significa, es el mundo que el propio poema revela, no hay que buscarlo en otro lado, no hay que buscar otra correspondencia».

El lingüista americano Chomsky, ha

dicho que hay muchos elementos de la vida humana que piden otra forma de conocimiento al que no se puede llegar por medio de lo que los pensadores contemporáneos han llamado la razón instrumental.

De esta suerte, el lenguaje no solo sería un medio de representar la verdad que ya ha sido determinada, algo que ya conocemos, sino que la obra de arte nos lleva a lo desconocido, nos hace una propuesta apasionante a lo desconocido.

El lenguaje así entendido sería un medio de descubrir la verdad que no nos es previamente conocida, de ahí el factor de revelación que toda obra de arte comporta.

En el libro objeto de presentación, podemos leer:

*El cuerpo con su máscara
se irguió en la cima de la madrugada
y coronó la noche.*

Ardió solo en el aire.

Profundizando, pues, en la naturaleza de la palabra poética, hay que decir de ella que es de tal naturaleza que «no conlleva ninguna información».

La palabra poética «no tiene finalidad ni está sujeta a intención. No comunica propiamente sino que llama al interior de sí misma. Es una palabra que no se consume o no se consuma en el acto de designar, como sucede en el uso instrumental del lenguaje».

«Esta palabra, que no es instrumental, no se quema nunca, no se clausula, no queda cerrada, queda perpetuamente abierta hacia dentro de sí y nos está llamando continuamente hacia su interioridad».

Así entendido el poema sería lugar, estancia, morada, habitación donde el estar y el ser se unifican.

En «Tres lecciones de tinieblas» publicado en 1980, el poeta, respecto de la palabra **BET**, escribe:

«Casa, lugar, habitación, morada: empieza así la oscura narración de los tiempos: para que algo tenga duración, fulguración, presencia: casa, lugar, habitación, memoria: se hace mano lo cóncavo y centro la extensión: sobre las aguas: ven sobre las aguas: dales nombres: para que lo que no está esté, se fije y sea estar, estancia, cuerpo: el háli-



© Manuel Falces

to fecunda el humus: se despiertan, como de sí, las formas: yo reconozco a tantas mi morada».

O en «Mandorla», publicado en 1982, dice:

«Escribir es como la segregación de las resinas; no es acto, sino lenta formación natural. Musgo, humedad, arcillas, limo, fenómenos del fondo, y no del sueño o de los sueños, sino de los barro oscuros donde las figuras de los sueños fermentan. Escribir no es hacer, sino aposentarse, estar».

El poema es, pues, lugar de absoluta interioridad. Cuando la palabra poética se manifiesta nos invita a entrar en un territorio de extrema interioridad, «lugar del no lugar, espacio vacío y generador, concavidad, matriz...»

En su libro «Fulgor», publicado en 1984, el poeta escribe:

*Entrar,
Hacerse hueco
en la concavidad
ahuecarse en lo cóncavo.
No puedo
ir más allá, dijiste, y la frontera
retrocedió y el límite
quebróse aún donde las aguas
fluían más secretas
bajo el arco radiante de tu noche.*

A quienes no entienden la palabra

poética hay que decirles —explicó el autor— que les está sucediendo lo que tiene que sucederles, pues la palabra poética es «ininteligible en su aparición». La palabra poética empieza en un imposible.

«Para que la palabra poética empiece, para que nazca la palabra poética nueva, para que sintamos el rumor cierto de la creación, es necesario que la palabra llegue al límite extremo en que el decir es imposible».

Observemos que en este punto, la actividad del poeta se asemeja a la del místico —por cuyo mundo ha demostrado gran interés José Angel Valente— ya que lo que no puede ser dicho, se aloja en el decir. Como decía el autor en su libro «Las palabras de la Tribu», el lugar de «la tensión máxima entre contenido indecible y significantes».

Estar.

No hacer.

*En el espacio entero del estar
estar, estarse, irse
sin ir
a nada.*

A nadie.

A nada.

(Al dios del lugar)

«Y esta palabra no pertenece propiamente a la ciudad, no es palabra urba-



© Manuel Falces

na, viene del desierto, que es el lugar de la manifestación de la palabra, y de comparecencia ante la palabra». Pues «el poema no existe si no se oye, antes que su palabra, su silencio».

José Ángel Valente entendió perfectamente desde el principio que el desierto era el lugar donde había que estar, para encontrar, para encontrarse con la palabra poética.

Su primer libro **«A modo de Esperanza»**, publicado en 1953, se inicia con estos versos:

*Cruzo un desierto y su secreta
desolación sin nombre.*

O en su libro **«El Inocente»**, publicado en 1970, en el poema **«Sobre el tiempo presente»**, con cuya lectura nos obsequió el poeta, cuando dice, escribo *«desde el desierto
pues de allí ha de nacer un clamor
nuevo»*.

O en **«No amanecer el cantor»**, escribe. *«El centro es un lugar desierto.*

*El centro es un espejo donde busco mi
rostro sin poder encontrarlo».*

Más adelante, el autor refirió que a la persona que un día le interrogaba por los sueños preferidos del niño que acaso había sido, dijo:

*«Los sueños no se prefieren. Los
sueños nos prefieren o nos escogen. No
vamos a ellos sino que ellos vienen a nos-
otros. Nos sobrevienen. Yo fue de ni-
ño sobrevenido o visitado por el sueño
del no morir».*

El poema, pues, nos invita a una experiencia oscura, a una inmersión en las capas sucesivas de la materia o de la memoria.

Este descenso o viaje, tendría, a juicio de Valente, tres fases o ciclos. El ciclo de la memoria personal, el ciclo de la memoria de la materia y el ciclo de la memoria del mundo.

Para terminar les voy a transcribir dos poemas —leídos por el autor— que se contienen en su último libro publica-

do **«No amanecer el cantor»** y en los que puede verse el enorme impacto que la luz y los paisajes del litoral y del interior de Cabo de Gata y Rodalquilar, le han producido.

*«La paciencia del sur. Sus enormes
lagartos extendidos. El caparazón oscu-
ro de la noche mordido por la sal. No
llega la pregunta a convertirse en signo.
Interrogar, ¿por qué? ¿Quién nos res-
pondería desde la plenitud solar sin
destruirnos?».*

*«El oro fatigado envuelto en sangre
de las tierras del sur. Los perros vaga-
bundos llegaban hasta el límite frío de
los vientos para morir. Nadie habitaba
ya el lugar incierto. Oxidos. Nadie. Los
luminosos cuarzos amarillos incendia-
ba en su rápido descenso el sol. Des-
pués, la sombra como una antorcha he-
lada en todos los caminos que llevan al
vacío. La soledad hambrienta devora las
figuras. Sube el silencio contra el cielo,
enorme, como un grande alarido».*

Juan Blas MARTINEZ

ENTREVISTA



Sr. Díez Picazo

Acabamos de escuchar al Profesor Díez-Picazo en su conferencia magistral pronunciada en el salón de actos del Colegio Universitario de Almería, Cátedra de Derecho Civil (que inminentemente pasará de ser Sección Departamental de la Universidad granadina al mayor rango universitario autónomo provincial).

Su participación como jurista en el I Ciclo de Conferencias de Derecho Privado ha dejado un regusto de altura científica cuando desentrañaba ante el auditorio el difícil tema de «Metodología y razonamiento jurídico» con planteamientos y enfoques metafísicos tan personales como sugestivos.

SALA DE TOGAS, atenta a las noticias y a los hombres del Derecho, salió al encuentro para entrevistarle. No nos resultó difícil pues lo teníamos convenido desde anterior contacto personal en su propia sede madrileña.

Aprovechamos unos ratos de tertulia familiar y de amigos y con el beneplácito de María Teresa, su esposa, nos separamos en el hall del Hotel y ante una taza de café nos responde amable y pausadamente:

S.T. -Profesor Díez-Picazo, hablemos de su vocación jurídica: ¿surgió a la ter-

minación de sus estudios de enseñanza media o preuniversitaria, o llevaba Vd. germen jurídico familiar que le atraería al derecho desde tempranos años?.

R. -Indudablemente lo segundo. Mi padre ejerció la abogacía y, sin pasión filial pero haciendo justicia, he de decir que fue un excelente abogado y me sentí, a través de él entusiasmado y encarrilado hacia el Derecho.

S.T. -En el campo del Derecho, ¿sus preferencias se encaminaban a la cátedra, la abogacía o la judicatura?.

R. -Desde luego la judicatura no. Esta vino a mi posteriormente por los condicionantes del destino. Mis preferencias se centraban entre la docencia y la abogacía.

EL CATEDRÁTICO

S.T. -Dígame los maestros que dejaron mayor huella en Vd.

R. -Aparte mi padre por razones obvias, me influyeron grandemente tres catedráticos y de manera especial el profesor Federico de Castro.

S.T. -Tengo entendido que fue Vd. su alumno predilecto en la Facultad.

R. -No voy a negarlo y estuve de Ayudante en su cátedra desde 1953 a 1963. Pienso que Federico de Castro fue la figura más importante del Derecho Civil en el siglo XX; su magisterio influyó hondamente y sigue influyendo aun en mí. Lo perdimos todos en 1983.

S.T. -Supongo que bebería también en otras fuentes jurídicas magisteriales que consolidaron su personalidad y conocimientos.

R. -Si, antes le adelanté que hubo otros dos catedráticos que merecieron siem-

pre mi admiración y cimentaron mi formación jurídica: Joaquín Garrigues y Nicolás Pérez Serrano. Mi padre trabajó en el despacho de Garrigues, hombre éste de una gran finura intelectual y que dio un gran impulso al Derecho Mercantil.

En cuanto a Pérez Serrano he de expresar que explicaba en el año 1949 Derecho Político absolutamente intemporal, pero con un grupo de alumnos tuvo una misión específica muy importante.

S.T. -¿No publicaron sus hijos, después de la muerte de don Nicolás un compendio de lo explicado por él en sus clases universitarias?.

R. -Efectivamente lo recopilaron en la obra «Tratado de Derecho Político», pero yo quiero significar singularmente su labor con un grupo de estudiantes que habíamos terminado con él y que nos reuníamos en el Pabellón de Valdecillas en la vieja Universidad Central de la calle San Bernardo a desarrollar aspectos prácticos del derecho, y conocimos con él los secretos de la abogacía.

S.T. -Cuénteme.

R. -En una ocasión nos indicó que leyéramos «La malquerida» de Benavente, y después hubimos de organizar un proceso penal, con Tribunal, Fiscal, Defensor, Secretario, Encausado, etc. con el argumento de fondo de la propia obra. Nos resultaba esta metodología altamente provechosa.

S.T. -Algo de su vida como enseñante, compañeros, alumnos, diferencias entre los universitarios de sus tiempos y los de ahora.

R. -A los 21 años terminé la carrera y me incorporé a la Ayudantía de Castro



D. Luis Díez-Picazo en excursión «lluviosa» con un grupo de amigos.

hasta el año 1963 en que comencé a ejercer la Cátedra de Derecho Civil. Mi vida académica fue siempre tranquila. Los «terribles» años de 1968 no me afectaron grandemente como catedrático en Valencia. Los estudiantes nos entendían bastante bien; eran profesores conmigo Manuel Broseta y el gran penalista Antonio Córdoba.

S.T. -Pero, ¿hay estímulo en el profesorado por legar algo más que conocimientos?, ¿se piensa, a la vez, y yo preguntaría que, sobre todo, en la formación HUMANÍSTICA del estudiante?

R. -Por las características actuales de la docencia y la masificación no se puede mantener contacto y relación íntima profesor-alumno; a veces solo conoces a los que ocupan asiduamente los primeros bancos. La huella y la influencia del profesor solo se constata A POSTERIORI. En ocasiones un alumno, incluso con posterioridad a su etapa universitaria, te aborda espetándote: «Profesor, cuánto me impactó aquella frase» (te la repite literalmente) que nos dijo en una ocasión. Y uno quizás no se acuerde por haber sido uno de los múltiples consejos o sugerencias expuestos en clase.

S.T. -No me ha constestado del todo sobre la proyección docente en la formación humanística.

R. -Si, hombre algo te he dicho, pero puedo ampliarte en cuanto a mi respecta, que el Derecho en si tiene ya un valor humanístico y su enseñanza lleva inmersa los valores supremos de la dignidad de la persona, la convivencia etc.

S.T. -¿Hay estímulo y apoyo a la INVESTIGACION universitaria?

R. -Las universidades estatales obviamente corren a cargo de los fondos públicos; desde luego no podemos negar el esfuerzo oficial. Hoy las Facultades de Ciencias están programando actividades bajo un sinfín de contratos privados de investigación. La Facultad de Medicina de la Autónoma da un alto nivel como se traduce en la obtención de las primeras y gran número de plazas de MIR en su alumnado.

S.T. -Parangone la universidad española y las europeas.

R. -La universidad inglesa es muy distinta; la alemana es de las más exigentes; la nuestra se aproxima más a la francesa, italiana y portuguesa.

EL PUBLICISTA

S.T. -Hemos cuasi agotado el tema universitario, cuéntenos sus publicaciones y proyectos, en colaboración con GULLON y sólo.

R. -La obra en colaboración «Sistema

de Derecho Civil» la vamos actualizando en las sucesivas ediciones de los cuatro volúmenes; el primero va por la 15ª edición, el segundo por la 12ª, el tercero por la 9ª ó 10ª y el cuarto por la 7ª u 8ª edición, creo. Los ritmos de venta obviamente van disminuyendo en las sucesivas ediciones.

S.T. -¿En qué obras concretas trabaja ahora?, pues supongo que, como todos los escritores, va elaborando varias a la vez.

R. -Preparamos las Instituciones de Derecho Civil, en solo dos volúmenes, pues hay demanda de obras más breves. Asimismo trabajo en la ACTUALIZACIÓN de «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial».

S.T. -Perdone que le interrumpa, pero el Profesor Moreno Quesada, en la presentación que acaba de hacerle, ha elogiado hasta el entusiasmo esta obra de Vd.

R. Bernardo es compañero y gran amigo; por eso comenté la frase que alguien pronunció. «Cuando se planifiquen las conferencias se suprimirán las presentaciones». Aparte esta disquisición, más o menos afectuosa o jocosa, esta obra la estoy preparando con mucha dedicación y extensión. Apareció el Tomo I sobre contratos; el Tomo II sobre obligaciones aparecera de inmediato con 800 páginas, el tomo III sobre Derechos Reales también verá la luz próximamente; y preparo especialmente los Tomos IV y V que tardarán algo más y versarán sobre Derechos Reales y Contratos en particular, respectivamente.

EL ABOGADO

S.T. -No le vamos a preguntar su actividad o sus casos importantes en la Abogacía; son de sobra conocidos. Sabemos que a su despacho llegan muchos asuntos «muertos» de las primeras instancias, confiados en el «milagro» del científico y el genio jurídico. Solo quiero preguntarle, en este campo, cuáles son a su juicio las cualidades para triunfar en la abogacía. A mí, personalmente rondando las cercanías de la jubilación, no me van a afectar, pero quiero su consejo para los noveles.

R. -Es difícil agotar su exposición, hay muchas. Yo resaltaré: A) saber elegir los asuntos que pueden y que no pueden defenderse, b) retórica, con capacidad de



El entrevistado Sr. Díez Picazo con el entrevistador Sr. Esteban y el Consejero de Sala de Togas Sr. Romero Miura.

persuasión en el juicio, *exponiendo solo lo que es conveniente exponer y contar*; C) trabajo constante, que es tanto como decir, leer todos los documentos enteros varias veces, y en armonía con los libros que deben consultarse.

S.T. -¿Vd. admite que en ese quehacer, «los sabios están en los armarios»?

R. -Sí, creo que a la hora de valorar, el esfuerzo sobrepasa a la inteligencia incultivada, tengo fe en «La gota orada la roca».

S.T. -¿Y qué más?

R. -Entrando en el proceso mismo, es de transcendencia para el abogado una gran atención a la PROPOSICIÓN DE PRUEBA y forma de practicarla. Aquí están los riesgos y éxito del juicio.

S.T. -Pues se lo decimos a los compañeros lectores de Sala de Togas, que son las palabras de un maestro de la abogacía.

IMAGEN DE LA JUSTICIA Y LA ABOGACIA

S.T. -La Justicia cómo Órgano, qué imagen tiene a su juicio? ¿Y la abogacía?

R. -Según nos dicen los medios de co-

municación no es su imagen especialmente alabada. Sin embargo hay informes de sociólogos como Juan José Toarria que resaltan haber percibido de la calle una idea de gran RESPETO hacia el Juez (aunque esta última no es excesivamente reciente).

En cuanto a los abogados hay distintas concepciones, según las experiencias vividas en cada caso. «No se pueden meter todos en el mismo saco».

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

S.T. -Vd. nos dijo que a la Magistratura vino por circunstancias del destino. Nos interesa su paso por el Tribunal Constitucional.

(Es el primer momento de la relajada entrevista en que D. Luis cambia el gesto y se pone en guardia)
Lo apreciamos y le damos salida:

S.T. -Por supuesto, sin rozar el secreto profesional.

El se aprovecha y nos responde:

R. -Casi todo lo concerniente al T. Constitucional es secreto profesional (se vuelve a mostrar sonriente y de nuevo relajado, agradeciendo mi postura de no presionarle en un campo sobre el que

parece querer pasar de puntillas).

S.T. -Cuéntenos cuanto quiera, pueda y cuanto más mejor, pues el pueblo está ávido de saber los entresijos de este Tribunal, sobre el que han recaído algunos sambenitos y sospechas de presión y fricciones.

R. -He estado nueve años en el Tribunal por imperativo de los métodos de renovación. La labor es muy difícil y al propio tiempo apasionante.

S.T. -¿Por qué?

R. -En el juicio de constitucionalidad no existe propiamente la red de protección de los «acróbatas» que está representada en el Ordenamiento legal, con su rica normativa a la que acogerte. Aquí la Constitución tiene pocas normas y has de resolver con ellas y sobre ellas el caso «a PALO SECO». Desde luego a mí me ha seducido ello como operación jurista.

S.T. -Don Luis, ¿Y las presiones, fantasmas que recorre las calles, en asuntos importantes de la nación, que tanto comentó la prensa?

R. -Desde luego la calle y algunos medios de comunicación —de todos conocidos y que no voy a nombrar, aunque

me insista— han elevado a categoría de certidumbre en algunos casos, lo que era mero rumor, sin verificación, sacando conclusiones equivocadas.

En las deliberaciones del Tribunal, unas orales y otras con ponencias escritas, cada miembro ha mantenido su propio criterio. Por lo que a mi respecta, le puedo garantizar que jamás he tenido presión o interferencia por parte de ningún poder. Lo digo así de claro y rotundo.

S.T. -Pues así lo transmito yo.

RAICES ALMERIENSES

S.T. -Tengo entendido que tiene raíces almerienses.

R. -Efectivamente mi esposa María Teresa es de ascendientes almerienses, la familia Jiménez Canga Argüelles. Mañana vamos a Vera y Antas a conocer una finca que antiguamente fue de nuestros antecesores.

S.T. -¿Qué tal el ensamblaje jurídico — el humano ya nos consta— con María Teresa, alta funcionaria del Consejo de

Estado?

R. -Pues llevo 37 años de matrimonio con ella; mujer extraordinaria e inteligente, con una capacidad de esfuerzo y sacrificio que hubo de poner a contribución en nuestra adaptación profesional de la primera etapa.

S.T. -¿Hay intercambio jurídico conyugal?

R. -Por supuesto que en nuestra convivencia conyugal y familiar dialogamos mucho de derecho y de cuestiones profesionales que nos ocupan o preocupan en cada momento. Somos como un balancín ayudándonos reciprocamente cuando uno está más bajo.

EL CONTENCIOSO DE LA HIGUERA

S.T. -Para terminar, he oído hablar del contencioso de una higuera que afectó a alguno de sus antepasados; ¿que ocurrió?

R. -Eso María Teresa podría contestarlo mejor. Son sucesos episódicos que pueden resultar curiosos. Investigando

ella en el Consejo de Estado sobre contenciosos antiguos, comprobó que en la provincia de Almería hubo uno en 1917, que afectaba a una finca de nuestros antepasados, sobre la servidumbre que representaba el ramaje de una higuera plantada en la finca de la familia Jiménez o en la colindante; siendo lo más curioso la intervención del Gobernador de la Provincia y de la Autoridad judicial, con requerimientos recíprocos de inhibición por estar en juego la cuestión jurídica de COMPETENCIA.

Hemos terminado. Los últimos instantes y datos de la entrevista se han sucedido en el Club de mar, Vera, Antas, Terraza Carmona, Parador de Mojácar, Gran Hotel, en un par de días muy gratos con este encantador matrimonio y otros contertulios.

S.T. -Muchas gracias. Sala de Togas le queda muy reconocido, por su deferencia y colaboración en esta larga entrevista.

Emilio ESTEBAN HANZA

EL SUJETO PASIVO EN EL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA

Por José Antonio IGLESIAS FERNANDEZ
Interventor de Administración Local.

La vigente Ley reguladora de las Haciendas Locales en su artículo 107, taxativamente establece: es sujeto pasivo del Impuesto sobre incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, en las transmisiones de terrenos o en la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio a título oneroso, el transmitente del terreno o la persona que constituya o transmita el derecho real de que se trate.

Frente a la posición actual, aparece la realidad cotidiana, es usual que los notarios incluyan en las escrituras cláusula alterando la posición del sujeto pasivo de la relación tributaria. Con especificaciones tales como: todos los gastos, incluso Impuesto sobre incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, o, en otros casos, plusvalía, si la hubiere, serán abonados por el comprador.

Resulta evidente que la justificación para alterar la posición del sujeto pasivo es consecuencia de una razón histó-

rica. Como antecedente más remoto ha de considerarse la redacción del artículo 517 del Decreto de 24 de Junio de 1955, sobre Texto articulado de las Leyes de Bases en Régimen Local, cuando expresa que en los actos «inter vivos» a título lucrativo, el arbitrio sobre el incremento de valor de los terrenos recaerá sobre el adquirente. A continuación, el artículo 518 del mismo texto legal, recoge la posibilidad que el adquirente pueda repercutir el importe del gravamen sobre el enajenante, todo mediante el oportuno pacto.

Posición intermedia es la adoptada por:

a) Base 27 de las aprobadas por Ley 41/1975, de 19 de Noviembre.

b) Artículo 91 del Real Decreto 3.250/1976, de 30 de Diciembre, sobre ingresos de las Corporaciones Locales, y

c) Artículo 354 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de Abril, Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, en todas estas disposiciones, el sujeto pasi-

vo es el enajenante, más se recoge la posibilidad que el adquirente como sustituto del contribuyente, se convierta en obligado al pago de la deuda tributaria.

En resumen, al momento actual, en la determinación del sujeto pasivo como persona obligada al pago de la deuda tributaria, en transmisiones de terrenos a título oneroso, ha de considerarse solo y exclusivamente al enajenante. Incluir, en las escrituras de compra-venta, pactos en contrario, podría significar una alteración de la posición del sujeto pasivo, circunstancia que expresamente, según la redacción del artículo 36 de la Ley General Tributaria, significa que tales pactos no surtirán efecto ante la Administración. Además al incluir tales pactos en las escrituras de compra-venta supone que se generen innecesarias expectativas para el enajenante, resultará difícil explicarle que nunca podrá modificar su condición de contribuyente, según la ley su obligación principal consiste solo y exclusivamente en el pago de la deuda tributaria.



JURISPRUDENCIA

NOTAS Y COMENTARIOS SOBRE RESOLUCIONES CIVILES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERIA

SOBRE LA LIQUIDEZ DE LAS RECLAMACIONES BANCARIAS:

José María REQUENA COMPANYY

Si hay procesos cuya característica procesal habitual es la monotonía y su tramitación casi formularia son —eran, y esperemos que después de la resolución que comento vuelvan a serlo— aquellos privilegiados por un desarrollo especial y sumario, como los ejecutivos, que limitan y restringen la posibilidad de oposición y controversia, y aún más que estos, con diferencia, los de especial naturaleza privilegiada como son los hipotecarios del Art. 131 de la L. Hipotecaria.

Y posiblemente porque el humano es un ser consustancialmente sediento de novedades, —decía Fausto, y la historia le ha dado desde siempre la razón, que el hombre es «bestia cupidissima rerum novarum», reputación que hay que atribuir no solo a la infantería jurídica, Letrados incluidos, habitualmente tan imaginativos y anarjuristas en sus recursos procesales, sino que también es predicable ese factor antropomorfo, tan fructífero en algunas ocasiones como devastador en otras, a algunos de nues-

tros Jueces y Magistrados, humanos al fin— seguramente por ese primario instinto o esencia, digo, se produjo hace algunos meses la aplicación en Almería, sorpresiva y radical, de cierta teoría jurídica, con ciertos matices caballerescos, por aquello de ser abiertamente crítica con los poderosos bancos y entidades financieras, consiguiendo ya con sus primeras resoluciones, alborotar el ámbito jurídico-financiero de nuestra ciudad y arrancarlo de la modorra propia de la monotonía de perseguir a los ocasiona-

les aspirantes a insolventes irredimibles y suspensiones sobresalientes.

Y será por lo presumido o quizás por otras razones más personales y menos poéticas —aunque me agrada la materia, lamentablemente estoy muy lejos de ser experto en teorías de la motivación— es lo cierto que se ha planteado ante la Audiencia, una minoritaria tesis jurídica aflorada antes en otros foros nacionales, —pocos y ocasionales, entre cuyos más conocidos antecedentes se encuentra el distinguido jurista almeriense Sr. Navarro Estevan, cuando integraba la Sección 10ª de la A.P. de Madrid, junto a los Juzgados de instancia 8 y 10 de Sevilla, el nº 1 de Vall, y el nº 9 de Madrid— si se quiere sucesora o retoño de aquellas sabrosas controversias emanadas en su día de la orden ministerial de 21 de Abril de 1950, de la que en nuestra ciudad se hizo eco, ponente y guía, tanto hace años —cuando estaba de titular D. Baltasar Garzón—, como ahora en su rebrote novedoso, el Juzgado nº 3, referente la tesis digo, al tema de la liquidez formal y material de las reclamaciones bancarias, como ya he adelantado, y a su oponibilidad y estimación, incluso de oficio, en los procesos sumarios.

Como quiera que la extensión y claridad de la resolución que traigo a este capítulo, es sobradamente expresiva de la problemática enjuiciada, paso sin más introducción a transcribir los fundamentos esenciales del asunto, recogidos inicialmente en Sentencia de la Sala de fecha 7-XI-92, (Ponente Ilmo. Sr. García Laraña) y reiterados posteriormente por varias docenas de resoluciones, todas ellas revocando inexorable y sistemáticamente las múltiples apelaciones que habían padecido la tesis del citado Juzgado nº 3, y ello, en los siguientes términos:

«PRIMERO».- La demanda origen de esta litis aporta como título apto para obtener despacho de ejecución, al amparo del art. 1429-6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una póliza de préstamo personal, intervenida por Corredor de Comercio, en cuyo otorgamiento los demandados se obligaron solidariamente —unos como prestatarios y otros como fiadores— a la devolución del capital prestado, 2.500.000 ptas., con sus correspondientes intereses al tipo del 19 por ciento anual, mediante

ocho plazos semestrales de 460.114 ptas., cada uno, cifra ésta imputable primero a los intereses vencidos y el resto a amortización de capital, habiendo satisfecho la prestataria solamente el importe de la primera cuota.

Una vez despachada la ejecución y citados de remate los demandados, unos —los prestatarios— no se personan y, por ello, son declarados en rebeldía, en tanto que los otros —los fiadores— se personan extemporáneamente sin llegar a formalizar la oposición. Sin embargo el Juzgado, en lugar de dictar sentencia de remate, entiende que la cantidad reclamada es formalmente líquida, pero no exigible, porque la entidad acreedora practica un cómputo erróneo de intereses vencidos, en detrimento del capital amortizado, y por ello declara la nulidad de todo el juicio, aplicando así de oficio el art. 1467-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEGUNDO.- Como es sabido, el juicio ejecutivo es doctrinalmente conceptualizado como un proceso declarativo no ordinario, sino especial en razón a su naturaleza sumaria, la cual se refleja en su brevedad de trámites y plazos, su limitado ámbito objetivo con motivos de oposición legalmente tasados, su carencia de fuerza de cosa juzgada material y, especialmente a los efectos que aquí interesan, su técnica de disposición procesal basada en la inversión de la iniciativa del contradictorio, lo que ha llevado en ocasiones a un cotejo asimilativo con los llamados procesos monitorios, ya que, efectivamente, en el juicio ejecutivo se parte de un título procesalmente privilegiado en cuanto que presenta una fuerza legitimadora per se, que hace nacer una presunción iuris tantum de justeza y buen derecho, siempre que se ajuste a las exigencias del art. 1429 de la Ley de Enjuiciamiento y preceptos complementarios, y ello produce singularmente dos efectos de distinto signo: a) de un lado, la necesidad normada de que el Juez, antes de despachar ejecución, examine de oficio la validez y ejecutividad del título aportado (art. 1440-3º de la Ley de Enjuiciamiento), debiendo denegar de plano la ejecución si manifiestamente la obligación o el título son nulos o si este último carece de fuerza ejecutiva, y b) de otro, el desplazamiento de la iniciativa del contradic-

torio a cargo del demandado, el cual, si quiere rebatir la validez o ejecutividad del título o ampararse en alguna otra de las causas de oposición permitidas, debe anunciar primero y formalizar después su oposición, abriendo así la fase declarativa o de debate, de tal suerte que si el ejecutado no se opone, el Juez ha de dictar directamente sentencia de remate ordenando seguir la ejecución despachada. Como a veces se ha indicado, la sentencia dictada en un juicio ejecutivo sin oposición es de naturaleza exclusivamente procesal en su contenido mismo, ya que, al no haberse formalizado oposición, no ha existido fase declarativa contradictoria, no ha sido combatida —y menos aún desvirtuada— la ejecutividad del título y, por tanto, sólo cabe mandar que siga adelante la ejecución acordada, sin entrar en cuestiones substantivas que, como decimos no han sido traídas a juicio por quien podía hacerlo, esto es, el ejecutado.

TERCERO.- Parte de cuanto se ha expuesto en el anterior Fundamento ha sido a veces cuestionado, singularmente cuando el título ejecutivo se halla entre los comprendidos en el art. 1429-6º, complementado por el art. 1435-4º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la posible colisión de este último con los arts. de la Constitución nº 14 (igualdad de todos los españoles ante la Ley), 24-1º (prohibición de la indefensión en el proceso), 24-2º (derecho a su proceso con todas las garantías) y 51-1º (defensa de los consumidores y usuarios), criterios éstos que se fundamentan en que el citado art. 1435-4º, al establecer que la cantidad reclamada se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor, consagra una posición privilegiada a favor de la entidad financiera ejecutante, con indefensión y merma de garantías para la otra y con vulneración de los legítimos intereses económicos del consumidor que contrata con aquella, dicho sea sintéticamente. Tales conclusiones llevaron a diversos órganos judiciales a plantear cuestiones de inconstitucionalidad en torno a la citada norma ordinaria, las cuales han sido negativamente resueltas por dicho alto Tribunal en

sentencia de 10 de Febrero de 1992, a cuyo tenor, destacando de su extenso contenido los extremos que aquí interesan cabe resaltar la siguiente: a) la naturaleza especial del juicio ejecutivo permite que «el Juez falle favorablemente una demanda en la que se formulan pretensiones con apariencia de buen derecho cuando el demandado no se toma siquiera la molestia de comparecer y de oponerse a aquélla», no habiendo motivo para que el órgano judicial ponga en duda «la veracidad de los hechos que no es controvertida por aquél a quien perjudican, atinentes a derechos sobre los que ostenta poder de disposición», siendo perfectamente acordes con la Constitución los mecanismos procesales que permiten extraer consecuencias de fondo de la inactividad del demandado, como aquí ocurre, y no existiendo indefensión porque el juicio ejecutivo no produce fuerza de cosa juzgada, aparte de que el demandado que no formaliza su oposición adopta voluntariamente esa actitud pasiva con todas sus consecuencias; b) obviamente, si el demandado se persona y se opone, iniciando así el debate contradictorio, puede combatir la certeza, validez, liquidez, vencimiento y exigibilidad de la deuda a través de los motivos de oposición legalmente previstos y utilizando los medios de prueba ordinarios, pues el hecho de que la Ley establezca que la cantidad reclamada se tendrá por líquida no significa que se presuma su certeza ni su exactitud; c) tampoco se vulnera el art. 51-1º de la Constitución, relativo a los intereses de los consumidores, porque el art. 1435-4º ni invierte la carga de la prueba ni concede especial valor acreditativo a la liquidación aportada por la ejecutante, sino que, simplemente, le confiere la condición de líquida a efectos de despachar ejecución, condición que, desde luego, podrá ser combatida y desvirtuada por el ejecutado si se persona y se opone, aparte de que el art. 51-1º de la Constitución y la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 19 de Julio de 1984 que la desarrolla no parecen ser aplicables cuando el obligado es comerciante, obteniendo el préstamo o crédito para sus actividades empresariales, como tantas veces ocurre, supuestos en que es excluido de la condición de consumidor por el art. 1-3º de la citada Ley; d) en definitiva, el art. 1435-4º de la Ley de Enjuicia-

miento Civil no sólo no vulnera la Constitución, sino que supone un significativo y plausible avance en técnica y en garantías, respecto de la Orden Ministerial de 21 de Abril de 1950, anteriormente vigente y de constitucionalidad más discutible, a cuyo tenor la liquidación efectuada por el acreedor haría fe en juicio.



CUARTO.- Han sido traídos a colación la doctrina y fallo de la sentencia comentada, cuya misma línea sigue la posterior dictada por la Sala 1ª del Tribunal Constitucional en fecha 2 de Abril de 1992 porque, si bien es cierto que el Juzgado admite la liquidez formal de la deuda, según su propia expresión, sin embargo llega a un pronunciamiento anulatorio cuestionando y negando su exigibilidad, para lo cual, a su vez, cuestiona y rebate de oficio la cifra reflejada en la certificación que aporta la entidad acreedora, técnica ésta que se opone a la naturaleza del juicio ejecutivo, y analizada y reiteradamente aludida, en cuya tramitación, como ya hemos dicho y como se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional, la inactividad en tiempo y forma del ejecutado hace que no se abra la fase declarativa, que no se impugne el título y, por tanto, la sentencia ha de ser de remate, puesto que estamos ante

una cantidad superior a 50.000 Ptas., líquida, vencida y exigible. La inexigibilidad de la deuda puede deberse a un pacto de no pedir, una novación, compensación, etc., pero no con la liquidez misma que, desde luego, no puede ser investigada de oficio una vez despachada ejecución, y menos aún a través de la compleja formula matemática que utiliza el Juzgado sin mayor explicación sobre su concreto origen y aplicabilidad, siendo claro, por el contrario, que, si el Juzgado despachó en su momento ejecución, es porque apreció a prima facie que la deuda era líquida y exigible, de manera que no hay razón para que el mismo órgano judicial, sin que haya habido alegación, prueba ni variación alguna en definitiva, al no haberse formalizado oposición por los demandados, proceda dictar sentencia de remate en los términos previstos en el art. 1473-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Al margen del sereno estudio a que invita y nos obliga, la rica problemática recogida en las fundamentaciones expresadas, y aún sin poder explorar las posibilidades de análisis y glosa que permiten la sólida doctrina invocada por la resolución transcrita, lo que supera con creces el espacio acotado a este comentario, no me resisto a subrayar sin embargo, como el último razonamiento de la Sala, acerca de la ausencia de oposición de los demandados una vez que se ha despachado la ejecución por el Juzgado, permitiría en su redacción expuesta, sensu contrario, inferir aparentemente que quizás pudiera el juzgador tan severamente corregido, usar luego la posibilidad de aplicar su formula matemática de desconocido origen, para negar el despacho de la ejecución instada si, a su juicio, la liquidación no fuera procedente, —puesto que la Sala parece aludir a que si una vez despachada la ejecución cuando ya no puede volver a analizar la liquidez por aplicación del principio de jurisdicción rogada, tan incómodo para el juzgador recurrido en cuanto aparece una entidad financiera por sus horizontes procesales— y además por otra parte, subrayar también como para la defensa de un ejecutado se admite de forma clara y expresa, la posibilidad de entrar a analizar la liquidez material de la reclamación postulada, pero solo en el caso de que la misma se postule por el afectado.

Respecto a la primera cuestión —o

sea, posibilidad de análisis previo de la exactitud matemática de la suma reclamada o liquidez de la Certificación bancaria como presupuesto para despachar la ejecución— la propia Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en Autos de fecha 16-9-91, 11-12-92, etc. resolviendo la contumaz denegación del mismo Juzgado nº 3 sobre admisión a trámite de reclamaciones hipotecarias, estableciendo como es criterio de nuestra Audiencia —lo que marca de forma inequívoca a nuestros Magistrados, la pauta a seguir— que «no es admisible que el Juzgador, utilizando una fórmula matemática cuyo origen se desconoce y desde todo punto inaplicable de oficio, dado el principio dispositivo vigente en el proceso civil y de respeto al principio civil de reogación, se atribuya anticipadamente una facultad que se concede a la parte de discrepar de la cuantía reclamada y justificar su interés mediante la pericial oportuna», doctrina que entiendo aplicable sin reservas a las reclamaciones ejecutivas, y que, sin duda alguna ya, resuelve la conjetura que de la redacción de la sentencia transcrita pudiera intentarse colegir. Y ello es así, por que como se desprende de la Sentencia del T.C. 14/1992, el dictamen del feadatario que interviene la liquidación de la entidad financiera en los términos y

a los fines previstos en el propio Art. 1.435 LEC, supone un «imprescindible auxilio técnico» para el Juez, quien de tal forma queda eximido de mayor análisis inicial de la liquidación, al generar esta, si no una sensación de certeza plena, si al menos un cierto grado de certidumbre, constituyendo en definitiva, como señalan Duran Brujas y Nieto Carol «prueba semiplena», que basta para despachar la ejecución sin perjuicio de que durante el periodo probatorio y a instancias del afectado, se pueda volver sobre la cuestión.

Respecto a la segunda cuestión su-
brayada, ya de lo expresado aparece como evidente que la invocación por el ejecutado de la excepción de iliquidez material, obligaría al Juzgado a entrar a conocer la pertinencia de las fórmulas matemáticas aplicadas y/o aplicables a tales liquidaciones previas de las entidades financieras, conforme a la vinculante doctrina derivada de la citada Sentencia del T.C. 14/1992 de que el pacto de liquidez inicial para reclamar carece de eficacia probatoria plena, por lo que la certificación del Corredor de Comercio tiene validez a los solos efectos de despachar la ejecución, pero no en la fase probatoria en caso de que se produzca una oposición seria y razonable, y

por supuesto a partir de fórmulas matemáticas de conocido linaje, aplicadas y sostenidas, como deja apuntado la Sala, por la correspondiente prueba pericial.

Con ello el T. Constitucional y nuestra Sala, acogen y desarrollan la tesis formal que en su día propugnó el Consejo Superior Bancario, cuando en su circular nº LXV/84 de 19 de Octubre, afirmó que el requisito establecido por el Art. 1.435 LEC de que el documento fehaciente acredite que la liquidación se ha practicado en la forma convenida entre las partes, debía considerarse que se refiere solo al procedimiento a seguir para establecer el saldo, ya que el precepto alude claramente a la forma y no al contenido de la liquidación, —reparese que el Art. 1.435, utiliza «acredite» y no «pruebe» —cumpliendo de esta forma la finalidad expresada en la exposición de motivos de la Ley 34/1984 y de la enmienda 539 del Grupo Socialista a la reforma del Art. 1.435 LEC. de dar una mayor protección a los clientes y reforzar la posición jurídica del deudor, sin necesidad de depender de los dubitables conocimientos matemáticos-financieros del Juzgador de turno encargado de despachar cada ejecución—.

NOTICIAS

CREACION DE LA ESCUELA DE PRACTICA JURIDICA

Nuestro Colegio ha cubierto este año una meta histórica con motivo de la creación y entrada en funcionamiento de la Escuela de Práctica Jurídica.

La escuela se ha constituido, por acuerdo de su Junta de Gobierno, con el fin de cubrir la necesidad sentida de nuestro colectivo profesional de facilitar a los Colegiados de reciente incorporación y a los próximos Licenciados, la formación específica que el ejercicio de la Abogacía comporta y reclama.

Nuestro programa electoral lo contemplaba: era sólo nuestra obligación de «pacta sunt servanda». Ha sido un reto permanente desde nuestra toma de posesión, y por fin es hoy una realidad.

Los cursos que, con esta finalidad, organiza la Escuela, comprenden tres bloques diferenciados y uno común.

Para este primer período, se han considerado los pilares básicos de la formación jurídico-profesional:

PRIMER CURSO: PRACTICA DEL DERECHO PRIVADO SUSTANTIVO Y PROCESAL

SEGUNDO CURSO: PRACTICA DEL DERECHO PROCESAL PENAL Y PENITENCIARIO

TERCER CURSO: PRACTICA DEL DERECHO LABORAL, SEGURIDAD SOCIAL Y ADMINISTRATIVO.

El común es el Curso de PRACTICA DE DEONTOLOGIA, TRAMITES COLEGIALES Y TURNO DE OFICIO.

El colegio aporta sus instalaciones, su infraestructura, su personal, y todo el entusiasmo de su Junta de Gobierno. —Pero todo ello es sólo una ínfima parte del conjunto, porque lo que verdade-



Presidencia del acto

ramente ha hecho posible la Escuela, es la desinteresada colaboración de los juristas a quienes se ha pedido su colaboración.— Y no sólo compañeros Letrados de nuestro Colegio, que con resonante unanimidad han dado su entusiasta respuesta positiva a nuestra oferta aparcando a buen seguro por unos ratos sus ocupaciones profesionales, sino también a juristas que desarrollan otros cometidos profesionales (Magistrados, Fiscales, Registradores de la Propiedad y Mercantil, Notarios, Director del Centro Penitenciario El Acebuche, Inspectores de Trabajo, Oficiales de la Admón. de Justicia, etc...). —Sin ellos nuestro este proyecto no podría haber alcanzado su actual grado de

realidad—. Desde aquí, una vez más, nuestro más sincero agradecimiento.

La respuesta de aquellos a que van dirigidos los cursos de la Escuela ha sido también la que correspondía llegando a superar el límite máximo que habíamos previsto. Y no sólo en inscripción sino en presencia real y diaria, con auténtico interés.

Con la aportación de todos esperamos que la Escuela alcance el objetivo de formación esencial del Letrado en ejercicio o que se encamina al ejercicio, quienes tomen conciencia real de la verdadera dimensión de nuestro diario trabajo profesional. Estamos seguros de superar con bien en esta primera

singladura.

RELACION DE PONENTES DE LA ESCUELA DE PRACTICA JURIDICA

PRIMER CURSO PRACTICA DEL DERECHO PROCESAL CIVIL

D. José Manuel de Torres Rollón Abogado, D. José Arturo Pérez Moreno Abogado, D. José María Requena Company Abogado, D. Simón Venzal Carrillo Abogado, D. Enrique Sánchez Gómez Abogado, D. Fausto Romero-Miura Giménez Abogado, D. Rafael García Laraña Magistrado, D. José de Burgos Harrison Abogado, D. Abelardo Campra Bonillo Abogado, D. José Enrique Romera Fornovi Abogado, D. Francisco Caparrós Torrecillas Abogado, D. Manuel Martínez Reinoso Oficial A.J., D. Emilio Esteban Hanza Abogado, D. Emilio Esteban-Hanza Navarro Notario, D. Rogelio Pérez Martínez Abogado, D. Nicolás Poveda Peña Magistrado, D. Francisco Javier Brea Apoita Abogado, D. José Damián Téllez de Peralta Abogado, D. Francisco Javier Brea Serra Registrador, D. Juan Cuadrado Cánovas Registrador, D. Salvador Torres Escámez Notario, D. José Luis Martínez García Abogado, D. José María Contreras Aparicio Magistrado, D. Ramón Muñoz Sánchez Abogado, D. Juan Cano Calero Abogado.

SEGUNDO CURSO PRACTICA DEL DERECHO PROCESAL PENAL Y PENITENCIARIO

D. Francisco Javier Gómez Bermúdez Magistrado, D. Luis Miguel Columna Herrera Magistrado, D. Juan Manuel de Oña Navarro Fiscal Jefe, D. José Manuel Ochoa Meseguer Abogado, D. Fernando Brea Serra Fiscal, D. Abelardo Campra Bonillo Abogado, D. José Enrique Romera Fornovi Abogado, D. Francisco Caparrós Torrecillas Abogado, D. Juan Manuel Ruiz Director C.P. Acebuche.



Salón de actos durante la inauguración



Hall de entrada Colegio de Abogados a la salida del acto.

TERCER CURSO PRACTICA DEL DERECHO LABORAL, SEGURIDAD SOCIAL Y ADMINISTRATIVO

D. Francisco Ruiz Rodríguez Abogado,
D. Juan Miguel Milán Criado Aboga-
do, D. Juan Blas Martínez Sánchez
Abogado, D. Francisco Escobar Este-

ban Abogado, D. Valentín Solís Garri-
do Insp. Trab., D. Jorge Peral Romero
Abogado, D. Juan Luis López-
Ortega López Abogado, D.ª María Lui-
sa Jiménez Burkhardt Abogado, D.
Constantino Cánovas M. de E. Magis-
trado, D. José Arturo Pérez Moreno
Abogado.

PRACTICA DE DEONTOLOGIA, TRAMITES COLEGIALES Y TURNO DE OFICIO

D. Ramón Muñoz Sánchez Decano, D.
Federico Soria Fortes Diputado 4.º, D.ª
M.ª del Carmen Moncada García Con-
tadora, D. Juan Blas Martínez Sánchez
Secretario.

I.V.A.

Mi Querido amigo y Decano:

Me permito llamar su atención so-
bre la importante modificación que ha
sufrido la regulación del I.V.A. en las
prestaciones, entre otras, de servicios
realizados en el ámbito de la profesión
de los Abogados, con motivo del pro-
ceso de armonización fiscal europea
puesto en marcha con efectos de 1.º de
Enero de 1993.

Como sabe, por anteriores informa-
ciones, este Consejo General ha estado
presente, activa y constantemente, en
cuantas reuniones y deliberaciones se
han venido desarrollando en el Conse-
jo de los Colegios de Abogados de la
CEE (CCBE), formando parte —e in-
cluso presidiendo— del Comité de Fis-
calidad, oponiéndose firme y radical-
mente a la pretendida desaparición del
tipo reducido para las actividades de los
Abogados ante la Justicia; al mismo
tiempo que ha venido actuando cerca de
los poderes públicos, instándoles a que
defendieran ante la CEE la aplicación
del tipo «0» y del tipo reducido a dichas
actividades.

No obstante, y a pesar de nuestros
firmes propósitos, tanto la reciente Ley
37/1992, de 28 de Diciembre, del Im-
puesto sobre el Valor Añadido (B.O.E.
n.º 312, de 29-12-92), como el Regla-
mento que desarrolla la misma, apro-
bado por R.D. n.º 1624/1992, (B.O.E.
n.º 314 de fecha 31-12-92), al incorpo-
rar a nuestra legislación, por imperati-
vo del Tratado de Adhesión a las Co-
munidades Europeas, el régimen jurídi-
co sobre el I.V.A. exigido por las corres-

pondientes Directivas comunitarias, han
eliminado el tipo reducido del 6% que,
hasta ahora, venía aplicándose para las
actuaciones judiciales.

Por tal motivo, le significo que la
aplicación del I.V.A. queda establecida
de la siguiente forma:

—15% tanto para las actuaciones
judiciales como extrajudiciales.

—Exención para los servicios de
Turno de Oficio y Asistencia al
Detenido.

Sin otro particular, y rogándole de
la máxima difusión entre sus colegiados
a tan importante modificación, le envío
un cordial saludo.

Vicente Falomir Pitarch

NOMBRAMIENTOS

Por acuerdo de la Comisión Perma-
nente del Consejo General del Poder Ju-
dicial de 2 de Marzo de 1993 se nombra
en provisión temporal para el cargo de
Juez del Juzgado de Primera Instancia
n.º 2 de Huércal Overa a don Fran-
cisco Ortiz Pérez.

NOMBRAMIENTO

D. Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón.

Por Real Decreto 176/93, de 29 de
Enero ha sido nombrado Presidente de
la Audiencia Provincial de Almería el
Ilmo. Sr. don Juan Ruiz-Rico Ruiz-
Morón, que venía desempeñando dicho
cargo durante los últimos cinco años.

SALA DE TOGAS felicita al Sr.



Ruiz-Rico por dicho nombramiento y le
desea los mayores aciertos en el cargo
de Presidente de esta Audiencia Pro-
vincial.

ELECCION DE PRESIDENTE DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

El día 4 de Marzo de 1993 se cele-
braron en Madrid elecciones para el car-
go de Presidente del Consejo General de
la Abogacía Española. Habían sido pro-
clamados candidatos para dicho cargo
los siguientes Letrados:

D. Javier Ezpeleta Inciarte,
Abogado del I. Colegio de Alava.

D. Ulpiano R. García Domínguez-
Vázquez

Abogado del I. Colegio de Madrid

D. Eugenio Gay Montalvo.

Abogado y Decano del I. Colegio de

Abogados de Barcelona.

D. Luis Martí Mingarro
Abogado y Decano del I. Colegio de Abogados de Madrid.

D. José Luis Mazón Costa,
Abogado del I. Colegio de Murcia
D. Joaquín Muñoz-Casillas Sánchez,
Abogado del I. Colegio de Madrid.

En la elección participaron los Decanos de todos los Colegios de Abogados de España, resultando elegido el Decano del Colegio de Abogados de Barcelona don Eugenio Gay Montalvo con 48 votos.

D. Eugenio Gay Montalvo sucede en dicho cargo a don Antonio Pedrol Rius, que falleció en Madrid el pasado mes de Octubre.

SALA DE TOGAS desde estas páginas felicita al nuevo Presidente del Consejo General de la Abogacía y desea que su actuación en el referido cargo sea provechosa para la Abogacía Española y también para la Administración de Justicia.

REUNION DE LA JUNTA DE GOBIERNO CON LOS ABOGADOS DEL PONIENTE

El día 11 de Diciembre de 1992 tuvo lugar una reunión de la Junta de Gobierno con los compañeros residentes en los Partidos Judiciales de Berja y El Ejido, que se inició a las 13 horas con el siguiente orden del día:

- 1.- Organización Turno de Oficio y Asistencia al Detenido.
2. Situación de la Administración de Justicia en la zona de Poniente.
- 3.- Informe sobre la Mutualidad General de Previsión Social de la Abogacía.
- 4.- Asuntos varios.

Asistieron numerosos compañeros residentes en los citados Partidos Judiciales y en un grato ambiente de compañerismo se examinaron los distintos puntos del orden del día. La reunión resultó sumamente constructiva para dar solución a los problemas relacionados con el funcionamiento de los Juzgados y prestación de Turnos de Oficio en aquella zona.

MAGISTRADO D. DIEGO ALARCON CANDELA

Como consecuencia del concurso de traslado resuelto por R. Decreto 1619/92, de 23 de Diciembre, don Diego Alarcón Candela ha sido designado Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Cinco de Almería.

SALA DE TOGAS FELICITA al Magistrado don Diego Alarcón Candela por su destino en esta capital y le desea los mayores aciertos en el ejercicio de su función.

NUEVO DECANO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MALAGA

El día 22 de enero del corriente año, en la Sala V de la Audiencia Provincial de Málaga, tomaron posesión de sus cargos el nuevo Decano José Antonio Peláez García y los restantes miembros de la Junta de Gobierno recientemente elegidos.

SALA DE TOGAS felicita al nuevo Decano José Antonio Peláez García y demás miembros de la Junta de Gobierno elegidos deseándoles muchos éxitos en el ejercicio de sus cargos.

COMISION LIQUIDADORA DE ENTIDADES ASEGURADORAS (CLEA)

El día 23 de Febrero pasado se celebró en el Salón de Actos del Colegio de Abogados una conferencia sobre SITUACION DEL MEDIADOR DE SEGUROS ANTE LA LIQUIDACION DE UNA ENTIDAD ASEGURADORA, organizada por el Colegio de mediadores de Seguros de Almería con la colaboración del Colegio de Abogados. Intervinieron don Evaristo del Río Castromil, abogado, Director-Gerente de la CLEA y don Domingo Lorente Carrión, abogado, Letrado Jefe del Departamento Técnico Jurídico del Consejo General de Colegios de Agentes Corredores de Seguros.

JORNADAS SOBRE EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1992

El Instituto de Estudios Almerienses ha organizado unas Jornadas sobre el Proyecto de Código Penal bajo el título de LAS NUEVAS FORMAS DE DELINCUENCIA EN LA REFORMA PENAL, que se han celebrado durante los días 22 al 26 de Febrero del corriente año. Las conferencias han tenido lugar en el salón de actos de la Caja Rural de Almería.

UNIVERSIDAD DE ALMERIA

El día 19 de febrero pasado tuvo lugar el acto de clausura del Seminario LA UNIVERSIDAD DE ALMERIA ANTE SU CREACION con la presencia de Don Antonio Pascual, Consejero de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía pronunciando una conferencia sobre LA FUNCION SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD.

El acto se celebró en el Aula de Cultura de Unicaja con gran asistencia de público.

Se pretende que la Universidad de Almería pueda entrar en funcionamiento en el próximo curso académico, lo que sería un acontecimiento cultural de enorme trascendencia para Almería y su provincia.

NOMBRAMIENTO

Por Real Decreto de 21 de Enero de 1993 ha sido nombrado Secretario del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Cuatro de Almería don Miguel Martínez Mulero.

JUNTA GENERAL ORDINARIA

El día 25 de Enero del corriente año se celebró en el Salón de Actos del Colegio de Abogados la primera Junta General Ordinaria del año 1993, de acuerdo con el orden del día que figuraba en la convocatoria.

Después de unas palabras de bienvenida del Decano a los asistentes, se hizo por aquel la reseña de los acontecimientos más importantes ocurridos durante el año 1992 en relación con el Colegio.

Durante 1992 han fallecido los com-

JURA, PROMESA DE ABOGADOS

pañeros Guillermo Agüero, Diego Alarcón, Angel F. Vizcaíno, Antonio P. Sánchez, Julia M.ª Viudez y Juan J. Sarazá; la Junta de Gobierno se reunió en 26 ocasiones; se celebraron 4 Juntas Generales; se produjeron 87 altas en el Colegio y 22 bajas; la Junta de Gobierno examinó 29 impugnaciones de minutas de honorarios profesionales; se celebraron 7 actos solemnes de Juramento/Promesa de Abogados; la Comisión de Deontología incoó 50 diligencias de información; se celebraron reuniones con los compañeros residentes en Partidos Judiciales; como en años anteriores se celebró solemnemente la festividad de La Patrona el día 15 de Octubre; se enviaron diversas notas informativas a los Colegiados; se celebraron dos Asambleas Territoriales de colegiados incorporados a la Mutualidad General de Previsión Social de la Abogacía; se publicaron cuatro números del Boletín Informativo SALA DE TOGAS (números 14 al 17); el número de colegiados el día 31 de Diciembre de 1992 era de 582 ejercientes y 240 no ejercientes; el Consejo de Colegios de Abogados de Andalucía se reunió en seis ocasiones a las que asistió el Decano del Colegio; se firmó un convenio cultural con la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada el día 10 de Abril de 1992; se celebraron diversas conferencias en el Salón de Actos del Colegio así como unas jornadas sobre La Reforma Procesal de la Ley 10/92; se hizo la presentación del libro MATERIAL MEMORIA de José Angel Valente; se organizaron varias demostraciones de máquinas y material informático; el Colegio estuvo presente en otras actividades de otras Instituciones y Organismos (UNED, Policía Nacional, Curso de la Universidad Complutense de Aguadulce, etc). y el día 24 de Noviembre tuvo lugar el acto inaugural del Curso de Práctica Jurídica 1992/93.

Después se procedió a la lectura, discusión y votación de la cuenta general de gastos e ingresos del año anterior.



27 Noviembre 1992. Rafael Cristobal Moreno López, Josue Barea Muñoz, José Ignacio García Cantón, Joaquín Esteban Morcillo, M.ª Victoria López Segura, Decano y Encarnación Castillo Sánchez.



21 Enero 1993. Pablo Suárez Martín, Andrés Antonio Muñoz Gallart, José Miguel Lozano Guzmán, Jaime Avelino González Martín, M.ª de las Nieves de Góngora Piqueras, Decano y Lourdes M.ª López Hernández.



19 Febrero 1993. M.ª del Mar Gómez Lozano, M.ª José Rodríguez Carreño, M.ª del Carmen Abellán Padilla, Matilde del Pilar Gómez López, José Luis Sánchez Teruel, Decano y Pedro Miguel Alias Felices.

ESCUELA DE PRACTICA JURIDICA



Decano del Colegio de Abogados durante su intervención

El acto inaugural del primer curso de Práctica Jurídica 1992-93 tuvo lugar el día 24 de Noviembre de 1992 con asistencia del Presidente del TSJ de Andalucía Excmo. Sr. D. Manuel Rodríguez López; Fiscal Jefe de dicho Tribunal Excmo. Sr. D. Luís Portero García; Ilmos. Sres. D. Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón y D. Juan Manuel de Oña Navarro, Presidente de la Audiencia Provincial y Fiscal Jefe de la misma, respectivamente; Decano del Colegio de Abogados y otros miembros de su Junta de Gobierno y D. Fernando Jiménez Conde, Catedrático de Derecho Procesal y Director de la Escuela de Práctica Jurídica de Murcia.

Se inició el acto con unas breves palabras del Decano del Colegio de Abogados sobre la importancia de ese acto, agradeciendo la presencia del Presidente del TSJ de Andalucía D. Manuel Rodríguez López y del Fiscal Jefe de dicho TSJ D. Luís Portero García, así como

también de los Magistrados, Jueces, Fiscales, alumnos y compañeros.

A continuación hizo uso de la palabra el Secretario del Colegio que leyó el acuerdo de la Junta de gobierno de fecha 18 de Febrero de 1992 por el que se crea la Escuela de Práctica Jurídica, añadiendo que por acuerdo de fecha 10 de Septiembre de 1992 fue designado Director de la misma el Diputado Segundo D. José Arturo Pérez Moreno.

Seguidamente hizo uso de la palabra el Director de la Escuela D. José Arturo Pérez Moreno, señalando la satisfacción del Colegio por la inauguración, enorgulleciéndose de la presencia de las máximas autoridades judiciales de Andalucía en este acto. Sigue diciendo que la Escuela se crea por la necesidad de facilitar la formación de los nuevos Abogados que se inicien en el ejercicio de la Abogacía, preocupación constante de la Junta de Gobierno. Se han organizado tres cursos sobre tres materias básicas:

Práctica del Derecho Privado Sustantivo y procesal; práctica del Derecho Procesal penal y penitenciario; y práctica de Derecho Laboral y Seguridad Social y Derecho Administrativo; así como Práctica de Deontología, Trámites colegiales y Turno de Oficio.

Resalta la desinteresada colaboración de otros compañeros Abogados y de otros juristas Magistrados, Jueces, Fiscales, Registradores, Notarios, funcionarios, etc. que van a participar en el curso.

A continuación el Decano del Colegio D. Ramón Muñoz hizo la presentación del conferenciante D. Fernando Jiménez Conde diciendo que se le había invitado a esta inauguración especialmente por su condición de Director de la Escuela de Práctica Jurídica de Murcia durante los últimos doce años. D. Fernando Jiménez es bastante conocido en Almería por su participación en actos del Colegio de Abogados y porque sus raíces familiares están también en Almería.

Seguidamente interviene el conferen-



Don Fernando Jiménez Conde interviniendo en el acto

ciante D. Fernando Jiménez Conde. Empieza agradeciendo que se le haya invitado a este acto, manifestando que se encuentra satisfecho por encontrarse en su tierra de origen. Cuenta una anécdota ocurrida con el Catedrático D. Jorge Carreras, que le puso de manifiesto y enseñó cómo la aplicación de Derecho por el Abogado en ejercicio ha de hacerse desde perspectivas distintas a las que utiliza el profesor universitario.

Señala que la función de la Licenciatura en Derecho no es de formar Abogados. La Licenciatura proporciona una formación básica, pero no enseña a ejercer la profesión. Pone de manifiesto el peligro que supone ejercer la Abogacía sin preparación práctica. Hace referencia a la pasantía como medio tradicional práctico para la preparación del Abogado. Expone sus ventajas e inconvenientes.

La creación de las Escuelas de Práctica Jurídica arranca del año 1950 por



Profesor, Fausto Romero-Miura
(Foto: Juanjo Torrecilla)

iniciativa del Profesor Prieto Castro. Hoy existen entre 35 y 40 Escuelas de Práctica Jurídica. Algunas se rigen por la legislación hoy en vigor. Otras han surgido de forma espontánea por iniciativa de los Colegios de Abogados que cumplen algunas su función incluso mejor que otras que funcionan al amparo de la legislación actual. La función de las Escuelas debe ser la de sustituir la pasantía en la enseñanza de la práctica del ejercicio de la Abogacía.

Es importante que el Letrado que empieza sepa moverse en todos los órdenes del Derecho y después vendrá la especialidad. La enseñanza práctica debería tener carácter obligatorio y así está reconocido en todos los países de la Comunidad Europea menos en España. En estos países se requiere un período de aprendizaje con un examen previo para ejercer la Abogacía.

Sobre el funcionamiento de las Escuelas de Práctica Jurídica desde el año 1984 se han ido estableciendo unas líneas directrices. Un primer bloque de enseñanzas técnicas y modos de actuar profesionalmente; enseñanzas prácticas

esencialmente; casos prácticos; con profesorado experto. Y un segundo bloque de enseñanzas con asistencia a Juzgados, Tribunales, Centros Penitenciarios, Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, adscripción a los turnos de oficio, etc.

Señala la importancia que tiene fomentar la colaboración de la Universidad y los Colegios de Abogados.

Termina felicitando al Colegio de Abogados de Almería y se ofrece en todo aquello en que pueda colaborar.

Cierra el acto D. Manuel Rodríguez López, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que inició su intervención con un saludo a los asistentes, felicitando al Colegio de Abogados

por organizar la Escuela de Práctica Jurídica. Señaló que no es suficiente el conocimiento teórico del Derecho para el ejercicio de la Abogacía sino que se hace necesaria la práctica del Derecho. Es necesario aprender a estar y a comparecer en Juzgados y en la Administración Pública, redactar demandas con comedimiento, claridad y orden, que los informes y defensas de los derechos e intereses de los clientes se efectúen sin jactancia y sin caer en la vulgaridad.

Espera que esto sea beneficioso para todos y con esta colaboración conseguir lo que la sociedad nos demanda, que es el funcionamiento de la Administración de Justicia.

Queda inaugurado el curso 1992-93.



Don Fernando Jiménez Conde.



REFLEXIONES SOBRE LA PROTECCION ACTUAL DE LOS APROVECHAMIENTOS PRIVADOS DE AGUAS.

*Esperanza ALCAIN MARTINEZ
Profesora de Derecho Civil
de la Facultad de Derecho de Granada*

La pretendida reforma del Derecho de Aguas en España aún está por realizarse. La entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 sólo ha sido el primer paso, necesario e imprescindible para conseguirla. (1)

Pueden servir de entrada dos ideas que sintetizan este artículo:

1.^a Aunque la Ley de Aguas haya declarado de dominio público todas las aguas continentales, subsisten formas de aprovechamiento privado del agua sometidas al Derecho privado en, al menos, algunos aspectos de su régimen jurídico.

2.^a Aunque la Ley de Aguas no lo establezca, el Derecho privado común ofrece útiles y eficaces formas de tutela del aprovechamiento privado de las aguas, complementarias de la tutela que pueda recibir por el Derecho Administrativo.

Paso a continuación a desarrollar más explícitamente estas ideas.

Los objetivos marcados por el legislador, han sido escasamente alcanzados, lo que ha provocado en el ambiente jurídico y político cierto grado de pesimismo inicial, abonado por la ausencia de criterios adecuados para suprimir la duplicidad de materias y conceptos en la legislación civil y administrativa. Prueba de ello fue la interposición de numerosos recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional, que dió lugar a la Sentencia de 29 de noviembre de 1988, imprescindible para la mejor comprensión de la Ley, en la que, a mi juicio,

se perdió la ocasión histórica de realizar un profundo análisis en el ámbito sustantivo y estrictamente formal de la nueva Ley, que impidiera la constante formación de interpretaciones parciales que provocan antinomias irreductibles.

Ya, en el Preámbulo de la Ley de Aguas de 2 de Agosto de 1985, el legislador señala como principales objetivos de la reforma de la centenaria Ley de 1879, conseguir una utilización racional del agua, así como su adecuada protección.

No dudo, ni cuestiono la necesidad de la reforma del Derecho de Aguas, sino que critico la forma en que se ha llevado a cabo.

Al dar mayor relevancia al interés general, se ha olvidado en gran medida el interés privado de las personas, los particulares, que al fin y al cabo, son los que utilizan el agua, recibiendo el beneficio, pero en numerosas ocasiones sufriendo algunos perjuicios; los cambios que la Ley ha introducido tampoco han ido acompañados del suficiente respaldo de la Administración Pública, dada la falta de recursos humanos y técnicos, necesarios para conseguir sus objetivos.

Sin duda ha producido un efecto positivo en nuestro ordenamiento jurídico la elaboración del concepto dominio público hidráulico, y la creación de una Administración Pública del Agua especificando sus funciones de gestión y de policía, así como sus principios rectores.

Sin embargo, ¿cuáles han sido las repercusiones de esta pretenciosa Ley en

el Derecho Civil?. Por supuesto más de las que en un primer momento se dijeron. no basta con admitir que la tradicional identificación entre aguas y Derecho civil, a través de la «propiedad especial», ha desaparecido por la declaración de dominio público de todas las aguas. Por el contrario, desde la entrada en vigor de la Ley de Aguas el 1 de Enero de 1986, el Derecho civil debe desplegar con mayor intensidad, la influencia de sus instituciones frente al intervencionismo público que la nueva Ley fomenta y protege, con la finalidad de ofrecer a los particulares los recursos jurídicos más adecuados para la tutela de todo orden de sus intereses que recaen sobre un bien escaso y de uso alternativo.

La estrecha relación entre los intereses privados y públicos coexistentes sobre este bien pone de manifiesto:

1.^a La necesidad de elaborar un Derecho de Aguas que ofrezca la normativa adecuada para la defensa de ambos intereses.

2.^a Al desaprovecharse la oportunidad en esta reforma, no podemos sostener en la actualidad la existencia de una disciplina autónoma, pues la Ley de Aguas de 1985 presenta especialidades tanto de Derecho administrativo como de Derecho civil; lo cual, no impide afirmar el establecimiento de las bases necesarias para que en el futuro se olvide la tajante distinción entre derecho público y privado.

La mejor respuesta que puede ofrecer el ordenamiento sería la existencia

de un conjunto de normas e instituciones que tuviesen como objetivo principal la utilización racional del agua y su protección jurídica; **utilización** que abarca, no sólo la gestión por la Administración Pública del Agua, sino el aprovechamiento que todos los miembros de la sociedad realizan; **protección jurídica del recurso** en si mismo y tambien del aprovechamiento que de el se realice. Así se alcanzarían los intereses públicos y a la vez, los intereses privados quedarían protegidos.

En el Derecho de Aguas conviven normas que, individualmente consideradas pertenecen a categorías tradicionales de Derecho público y de Derecho privado, por lo que no es correcto encasillarlo en uno u otro sector del ordenamiento jurídico. En el plano de la realidad práctica y de la legislativa, en el ámbito de la investigación científica y de la enseñanza, se costatan problemas cuya solución se polariza en torno a lo que debemos llamar Derecho de Aguas.

¿Qué función desempeña, entonces, el Código civil en el nuevo Derecho de Aguas?

De la primera lectura de la Ley parece no desprenderse ningún problema. La Ley de Aguas en su Disposición Final Primera establece que:

«En todo lo que no esté expresamente regulado por esta Ley, se estará a lo dispuesto por el Código Civil».

Y junto a ella la Disposición Derogatoria determina que:

«Los artículos 407 a 425 del Código Civil de 24 de Julio de 1889 en cuanto se opongan a lo establecido en la presente Ley, quedarán derogados».

Estas normas han dado lugar a importantes contradicciones, de entre las que destacaré las tres más importantes:

1ª En materia de propiedad: la Ley de 1879 ha quedado expresamente derogada, pero no los artículos 407 a 425, cuando en realidad son un extracto de ella. Ha permitido el legislador que un mismo artículo se considere en vigor para algún autor mientras que para otro esté derogado.

2ª Nos remite el artículo 8 de la Ley a lo dispuesto en la legislación civil para regular las situaciones jurídicas derivadas de las modificaciones naturales de los cauces. Implícitamente se están declarando vigentes los artículos 366 a 374

del Código Civil como las únicas normas reguladoras de la cuestión, cuando estos preceptos son una selección arbitraria de algunos supuestos concretos de los contenidos en la Ley de Aguas de 1879, a la que había que acudir para el resto de situaciones contemplada por ella, lo cual es actualmente imposible ya que ha sido expresamente derogada.

3ª Situación similar se produce en materia de servidumbres, cuando el artículo 46 nos remite al Código Civil, cuyo artículo 563 nos envía a la Ley especial de la materia en cuanto no se halle previsto en este Código, lógicamente se refería a la Ley de Aguas de 1879, que ofrecía una regulación detallada del tema. La diferencia respecto del supuesto anterior es que por vía reglamentaria (en el Reglamento de Dominio Público Hidráulico) se han introducido la mayoría de los preceptos de dicha Ley que habían sido expresamente derogados.

En definitiva, se pone de manifiesto la insuficiencia de la Ley de 1985 para afrontar con éxito la reforma normativa que se pretendía, así como la delimitación frente a un cuerpo legal de carácter general como es el Código Civil, de forma que este pueda quedar verdaderamente como supletorio respecto de la materia regida por la Ley especial.

La utilización racional del recurso «agua», a la que hacíamos referencia al comienzo de la exposición, se basa en el **aprovechamiento** que los particulares pueden realizar de él.

¿En qué títulos jurídicos pueden ampararse los particulares para realizar dicho aprovechamiento?. A tenor del artículo 50 de la Ley de Aguas, «el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa». En principio, estos serían los modos que permitirían actualmente el aprovechamiento de las aguas.

Ahora bien, ante la necesidad de respetar los derechos adquiridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, donde existía un régimen basado en la distinción entre aguas públicas y privadas, que permitía la existencia de un derecho de propiedad privada especial, el legislador introdujo en las Disposiciones Transitorias 2ª y 3ª su **intención** de respetar los derechos adquiridos conforme a la legislación que se derogaba so-

bre aguas privadas procedentes de manantiales, pozos o galerías en explotación que vinieran utilizándose en todo o en parte. **Pero el legislador ha confundido la necesidad de establecer un Derecho Transitorio con hacer transitorios los derechos a los que este se aplica.**

En definitiva, los títulos que actualmente permiten el aprovechamiento privado de las aguas son cuatro:

1º Los anteriores a 1 de Enero de 1986, que en virtud de las Disposiciones Transitorias antes aludidas «se mantienen en la misma forma que hasta ahora». Esta fórmula legal es la que nos permite defender la subsistencia del derecho de propiedad privada del agua. Constituye una manifestación del desplazamiento del concepto de propiedad, que acentúa la idea de pertenencia de la cosa a la persona, hacia el ejercicio de la titularidad, es decir el goce o aprovechamiento, el cual dependerá, no del **por qué** se tiene sino del **qué** se tiene (contenido interno de la titularidad).

2º Los anteriores a 1 de Enero de 1986 que hayan optado por acreditar su derecho ante el Organismo de cuenca, inscribiéndose en el Registro de Aguas como **aprovechamientos temporales de aguas privadas**. Serán así considerados durante cincuenta años, de forma que una vez transcurridos, sus titulares, tendrán derecho preferente para la obtención de la concesión administrativa correspondiente. Este derecho se ha de calificar «**sui generis**», lo que le distingue del **derecho de propiedad no tanto por no ser perpétuo como por estar llamado a ser un derecho concesional**.

3º El **derecho de aprovechamiento derivado de disposición legal**, es decir, el del artículo 52 de la Ley de Aguas. Ante la posibilidad de considerarse como una facultad derivada de la propiedad de la tierra o como derecho independiente, bien de propiedad sobre las aguas, bien de aprovechamiento, y atendiendo a que el agua constituye un objeto de derecho independiente de la tierra y que las aguas a las que hace referencia el mencionado artículo pertenecen al dominio público, no admitimos que sea un supuesto de concesión «**ex lege**», sino que estamos ante un derecho de uso privativo de aguas de dominio público, pero con las siguientes peculiaridades:

1ª Va anejo a la propiedad de la fin-

ca en que nazcan, discurran o estén las aguas que se aprovechan, por lo que serán susceptibles de enajenación y gravamen junto con la propiedad del fundo.

2ª Sólo podrá ejercitarse en la misma finca.

La justificación de este artículo puede hallarse de una parte en el otorgamiento al propietario del predio de una cantidad de agua para satisfacer sus necesidades domésticas sin que para ello tenga que solicitar una autorización administrativa; de otra, se presenta como un medio de solución de posibles conflictos entre el régimen legal de concesiones y el respeto a los derechos adquiridos por el propietario de una finca en virtud de la Ley de 1879.

4º El derecho de aprovechamiento derivado de la concesión administrativa; derecho que calificamos como un derecho subjetivo, de naturaleza real que, recayendo sobre un bien público, permite a su titular el aprovechamiento excluyendo el uso a terceros. El titular presentará una doble posición, por un lado, frente a la Administración, en la que regirán las normas y principios del Derecho Administrativo y, por otro lado, frente a terceros, puesto que su derecho será ejercitable «*erga omnes*».

Así las cosas, resulta de gran interés para el Derecho Civil, la comparación entre el régimen jurídico de las distintas opciones brindadas por la Ley.

Las similitudes se presentan en cuanto a la actividad desarrollada por el titular, los límites impuestos por la Ley y el mismo alcance del interés tutelado. Las diferencias se ponen de manifiesto en cuanto a los modos de adquisición, la transmisión, constitución de gravámenes y su extinción. Pero la diferencia más importante es, sin duda, el reducido margen que se concede a la voluntad para decidir autónomamente cuál debe ser el destino económico del agua.

Tal y como decíamos al comienzo de la exposición, (la segunda idea), aunque la Ley de Aguas no lo establezca, el Derecho privado común ofrece útiles y eficaces formas de tutela del aprovechamiento privado de las aguas, complementarias de la tutela ofrecida por el Derecho Administrativo.

Al dedicar el Capítulo V de la Ley



Tribunal de Aguas de Valencia. (foto El País)

a este fin, se ha puesto de manifiesto la preocupación del legislador por la defensa de la calidad de las aguas, pero no podemos obviar que uno de los mejores medios de defensa del recurso será conseguir un correcto aprovechamiento, ofreciendo una eficaz protección a su titular. Protección que le será ofrecida por la tutela administrativa y penal, pero qué duda cabe de que será la tutela civil la más idónea para proteger ciertos intereses de los particulares que aprovechan el agua.

Además de las acciones que específicamente correspondan, por su naturaleza, el derecho de aprovechamiento de aguas públicas o en su caso, el de propiedad, destacan por su importancia tres mecanismos genéricos de tutela de derechos o, simplemente, de posiciones jurídico-privadas que proviene inequívocamente del ámbito del Derecho civil: la tutela interdictal o posesoria; la tutela aquiliana o responsabilidad extracontractual; y la protección derivada del Registro de la Propiedad.

La **tutela interdictal** se presenta como la defensa típica de la posesión, cobrando relevancia en el Derecho de Aguas la importancia práctica que le caracteriza, pues al admitir la posesión como una categoría jurídica con mayor

fuerza que el mismo derecho de propiedad, nos permite tutelar el uso del agua, con independencia de la existencia del título jurídico que haga valer el particular.

A este respecto, acaso la cuestión más debatida es si los interdictos pueden utilizarse el particular como medio de defensa frente a la Administración.

Ha sido constante en nuestro Derecho la regla restrictiva al admitir los interdictos frente a la Administración. Por lo que respecta al Derecho de Aguas, tanto la Ley de 1866 como la de 1879, prohibieron las acciones interdictales. Esta prohibición quedó derogada en 1985 con la nueva Ley. Pero este hecho no debe entenderse como una permisón total sino como una implícita remisión a la regla general del artículo 101 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de 1992 (este artículo ha derogado al artículo 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, aunque el texto es prácticamente el mismo).

Es cierto que los procesos interdictales no son instrumentos concebidos originariamente para controlar las vías de hecho administrativas, pero la situación actual de nuestra legislación aconseja incluirlos como un medio más de

defensa.

Sólo serán admisibles los interdictos frente a la Administración cuando esta actúe por la vía de hecho, bien por carecer de competencia, bien por existir vicios en el procedimiento. Los procesos interdictales presentarán en estos casos peculiaridades que han sido invocadas por algunos autores para negar su oportunidad.

Por ejemplo, ¿puede el juez civil entrar a conocer si la Administración actuó o no conforme a las normas del Derecho Administrativo?. Más aún, ¿puede hacerlo en un proceso interdictal?.

El juez civil podrá conocer de estos asuntos, pero en ellos se encuentran implicadas numerosas cuestiones que ponen en peligro las notas de sumariedad y rapidez, características del proceso interdictal, a la vez su tratamiento resulta obstaculizado por ellas.

En principio, será necesario comprobar si concurren los requisitos de procedimiento y competencia puesto que en caso contrario no se admitiría la demanda. El mayor obstáculo que se presenta al particular cuando pretende defender su posición frente a la Administración es la existencia de numerosos formalismos y cuestiones técnicas cuya ignorancia puede impedir que se llegue a conocer la cuestión de fondo.

Por eso, considero indispensable la ampliación del campo de la prueba en el que el Juez podrá investigar el acto administrativo que ha perturbado, inquietado o despojado al particular.

Independientemente de todo ello, es posible defender la traslación de estos procesos a la Jurisdicción Contencioso-administrativa para ofrecer una tutela jurisdiccional efectiva del particular sin que afecte a la independencia judicial.

A pesar de que la Ley de Aguas de 1985 no ha ofrecido unos criterios que contribuyan a la elaboración de una doctrina general sobre la responsabilidad extracontractual por daños al dominio público hidráulico, no cabe duda de que el titular de un derecho de aprovechamiento de aguas podrá acudir al artículo 1902 del Código civil para exigir responsabilidad a toda persona física o jurídica, pública o privada, que a través de acciones u omisiones le ocasione daños en su patrimonio, bien produciendo una disminución de caudal

o perjudicando su calidad.

La especialidad en esta materia reside en que con independencia de la potestad sancionatoria de la Administración por la infracción causada al dominio público hidráulico, de la que deriva la responsabilidad propiamente administrativa, todo particular que sea titular de un derecho de aprovechamiento en los términos establecidos por la Ley, podrá ejercitar la acción del artículo 1902 del Cc. para la reparación del daño.

Por tanto, el autor de acto lesivo se encuentra obligado por el ordenamiento jurídico a responder frente a la Administración y frente al particular, aunque por distintas vías.

El recurso a la jurisdicción civil ofrece la ventaja de poder exigir junto a la indemnización del daño, la reposición al estado anterior. Pero cuando resulte imposible esa reintegración al estado original, el agente estará obligado a desembolsar una indemnización complementaria.

En la mayoría de los casos, la reposición puede ser desaconsejable por su desproporcionado coste económico, siendo el juez el que determine la indemnización pecuniaria. Nuestra doctrina admite la licitud del pacto de fijación de la cuantía indemnizatoria, aunque en la práctica se presenten impedimentos para su plena eficacia. Y es en este punto donde en la vigente Ley de Aguas se deja sentir la ausencia de criterios válidos para la determinación de valores indemnizatorios.

La protección del titular del derecho de aprovechamiento no sólo puede obtenerse mediante la vía indemnizatoria sino también con la utilización de los medios necesarios que aseguren el cese de la actividad, impidiendo la producción de futuros daños.

Ante la falta de regulación expresa de la acción negatoria, excepto en la legislación catalana, es necesario acudir a otros preceptos del Código Civil:

1º La conexión entre los artículos 1902 y 1908 del Cc.

2º La conexión de estos con el artículo 590.

3º La conjunción del art. 1902 con el art. 7,2 Cc, en cuanto que éste determina expresamente la posible adopción de las medidas que impidan la persisten-

cia en el abuso de derecho.

La aplicación conjunta de estos preceptos nos va a permitir solicitar al juez la paralización de la actividad dañosa, aún cuando esté autorizada por el Derecho administrativo.

Por último, la tercera vía de protección a la que hacíamos referencia es la ofrecida por el Registro de la Propiedad.

Un vez más, la profunda reforma que se pretendía hacer queda incompleta al permitirse, por la imprecisión de los preceptos, distintas interpretaciones que, en la mayoría de los supuestos conducen a la inseguridad y confusión.

Se puede decir que hasta 1985, las aguas eran, junto a las minas, los bienes demaniales que menos problemas planteaban en la relación Dominio Público-Registro de la Propiedad, por tener una regulación específica en los artículos 64, 65 y 66 del Reglamento Hipotecario.

Pero, el 1 de Enero de 1986, la situación se complica por los siguientes motivos:

1º Por el régimen de las Disposiciones Transitorias que permite la pervivencia de determinados derechos a los que será aplicable esos preceptos.

2º Por la falta de referencia expresa al Registro de la Propiedad en la Ley de Aguas.

3º Por la falta de referencia expresa sobre la vigencia o no de los artículos antes citados. Se aplicará la Disposición derogatoria según la cual «quedan igualmente derogadas las demás disposiciones de carácter general que se opongan a lo establecido en esta Ley».

En el Registro de la Propiedad tienen acceso los actos administrativos, ya sean los que inciden en los derechos sobre bienes inmuebles del administrado (por el deslinde administrativo, inmatriculación de fincas colindantes al dominio público hidráulico), ya sean los que incidan sobre los denominados derechos administrativos.

Si admitimos que el objeto de la inscripción no es el agua (bien de dominio público), ¿qué se inscribe?, ¿la concesión como acto administrativo, o el derecho de aprovechamiento que de ella nace?.

No me parece correcto defender la

tesis de la concesión como finca registral. El derecho de aprovechamiento es el que verdaderamente tiene acceso al Registro de la Propiedad.

Una vez inscrito, se producirán los efectos propios de toda inscripción. Los problemas se presentarán cuando se olvide el carácter jurídico-administrativo de su origen así como de los actos que afectan a su tráfico y extinción.

El titular del derecho de aprovechamiento tiene a su favor la presunción de exactitud registral, mientras subsista la vigencia del asiento, siendo inatacable su posición siempre que reúna las circunstancias previstas en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Los principios de publicidad y fe pública registral regirán en ese momento al igual que respecto de las inscripciones que no tengan su origen en un acto administrativo.

La eficacia del Registro de la Propiedad incidirá no sólo respecto del derecho inscrito, sino también sobre la eficacia del acto administrativo, ya que la inscripción no hace más que confirmar o reiterar aquella presunción de que participa todo acto administrativo: su obligatoriedad y ejecutividad.

Ahora bien, cuando exista discrepancia entre Registro y acto administrativo, es posible que éste pueda enervar en algunos casos los efectos propios de la inscripción. La presunción de exactitud consagrada en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, produce plenos efectos cuando el derecho inscrito lo fue en virtud de un acto administrativo, siendo posible acudir al procedimiento de rectificación previsto en la Ley Hipotecaria salvo cuando la inexactitud provenga de los defectos del propio acto administrativo, ya que no es posible que jueces y Tribunales puedan pronunciarse sobre su validez, sino que será la propia Administración la que declare la nul-

lidad del acto administrativo que sirvió de base para la inscripción registral.

En definitiva, la vía adecuada para que el titular de un derecho de aprovechamiento puede hacerlo valer frente a un asiento registral inexacto, siempre que la inexactitud derive del propio acto inscrito, no es el proceso civil ordinario, sino la propia Administración, que en ejercicio de sus potestades de revisión decidirá sobre la invalidez de aquél, o bien, naturalmente, la jurisdicción contencioso-administrativa.

La protección que el Registro confiere al tercero hipotecario que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria puede resultar afectada por la declaración de nulidad de la concesión en los términos anteriormente apuntados. El problema se concreta en determinar hasta qué punto la norma general del artículo 34 de la Ley Hipotecaria se aplica a los supuestos de inscripciones derivadas de un acto administrativo, ya que no existe una norma expresa que establezca la excepción al principio.

Pensemos en los supuestos en que se transfiere a un tercero el derecho de aprovechamiento adquirido en virtud de concesión administrativa. ¿hasta qué punto de inscripción a su favor resulta afectada por la posible declaración de nulidad de la concesión que determinó el nacimiento del derecho?, ¿afecta esa nulidad a la posición jurídica alcanzada por el tercero hipotecario?.

El principio de legitimación registral despliega su eficacia tanto en cuanto subsista el asiento registral. El principio de fe pública registral confiere una situación de inatacabilidad al tercero inscrito. Esta situación es la que quiebra cuando se produce la nulidad del asiento de un derecho sobre un bien de dominio público.

Estas líneas son solamente algunas reflexiones válidas para acercar el «problema del agua» al mundo del Derecho y en particular, al del Derecho civil. A lo largo de mi exposición he querido poner de manifiesto dos cosas: la primera, la falta de una profunda y sistemática reforma del Derecho de Aguas en España; la segunda, que la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 sólo ha sido el primer paso, necesario e imprescindible, para su consecución, pero que se ha revelado como insuficiente en muchos aspectos. Sirvan estas reflexiones para implicar a los juristas, políticos y consumidores en la búsqueda de nuevos cauces de solución de las conflictivas cuestiones planteadas en la materia, así como para llamar la atención de los órganos jurisdiccionales españoles en la resolución de los innumerables litigios que tienen como objeto material los derechos sobre el agua.

1. Actualmente está en vigor la Ley 29/1985, de 2 de Agosto, de aguas. Esta ley fue desarrollada por el R.D. 849/1986 de 11 de Abril, por el que se aprueba el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los Títulos Preliminar, I, IV, VI y VII de la Ley, y por el R.D. 927/1988, de 29 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica, en desarrollo de los Títulos II y III de la Ley.

Recientemente el Reglamento de Dominio Público ha sido modificado parcialmente por el R.D. 1315/1992, de 30 de Octubre.

En la Comunidad Autónoma Canaria se aplica su propia legislación en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Aguas de 1985.

Aquí está Unicaja



Apoyando las iniciativas de la gente.
Impulsando la industria, la agricultura, la pesca.
Con una gestión profesional capaz de dar respuesta a cualquier demanda.
Con más de 750 oficinas y 350 cajeros automáticos a su disposición.

La primera entidad financiera de Andalucía.

